

**Les principes fondamentaux
dans la jurisprudence
des juridictions suprêmes**

Responsable scientifique : Eliette RUBI-CAVAGNA
Maître de conférences université Jean Monnet – St-Etienne

Octobre 2004

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

**Les principes fondamentaux
dans la jurisprudence
des juridictions suprêmes**

Responsable scientifique : Eliette RUBI-CAVAGNA
Maître de conférences université Jean Monnet – St-Etienne

Octobre 2004

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Ont participé à la rédaction de ce rapport :

Marianne COTTIN - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Pascale DEUMIER - Professeur – Université Jean Monnet - CERCRID
Sylvaine LAULOM - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Nathalie MERLEY - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERASPE
Eliette RUBI-CAVAGNA - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID

Et plus particulièrement concernant :

• l'histoire

Marie-Thérèse AVON - Maître de conférences – Université Jean Monnet
Marie-Renée SANTUCCI - Maître de conférences – Université Jean Monnet

• le principe de faveur

Farida KODRI-BENHAMROUCHE - Maître de conférences – IUT de Chartre
Sylvaine LAULOM - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Nathalie MERLEY - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERASPE

• le principe de sécurité juridique

Mathilde JULIEN – Maître de conférences – Université Paris VII

• Le principe du respect des droits de la défense

Fanny JACQUELOT – Docteur en Droit
Ingrid MARIA - A. T. E. R. – Université Jean Monnet - CERCRID

Ont également participé aux recherches :

Pascal ANCEL - Professeur – Université Jean Monnet - CERCRID
Baptiste BONNET – Université Jean Monnet - CERASPE
Stéphane CAPORAL - Professeur – Université Jean Monnet - CERASPE
Sandrine CORTEMBERT – Maître de Conférences – Université Jean Monnet
Simon DREVET – Etudiant
Mouna MOUNCIF-MOUNGACHE - A. T. E. R. – Université Jean Monnet – CERASPE
Philippe SOUSTELLE - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID
Balla SEYE – Doctorant – Université Jean Monnet - CERCRID
Estelle WURTZBACHER – A. T. E. R. – Université Jean Monnet

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le groupement d'intérêt public – mission de recherche Droit et Justice (subvention n° 22.07.01.09) son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

Toute reproduction même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Table des matières

1 – Introduction	6
1. 1 - Premiers éléments d'une définition des principes fondamentaux	6
1. 1. 1 - Les apports de l'étymologie	6
1. 1. 2 - Les apports de l'histoire	8
1. 1. 2. 1 - La dimension constitutionnelle des lois fondamentales.....	8
1. 1. 2. 2 - L'utilisation plus diversifiée de l'expression « principes fondamentaux »	10
1. 1. 2. 3 - L'essor contemporain de l'expression « principes fondamentaux » dans le langage du droit	12
1. 2 - Les objectifs de la recherche	14
1. 3 - La méthode	15
1. 3. 1 - Les options méthodologiques dictées par les objectifs	15
1. 3. 2 - Les étapes de la recherche.....	18
2 - L'approche par l'expression « principes fondamentaux »	21
2. 1 - Une réalité numérique faible	22
2. 1. 1 - La faible utilisation des principes fondamentaux par les juridictions suprêmes.....	22
2. 1. 2 - L'absence de recrudescence dans le temps des principes fondamentaux	23
2. 2 - L'hétérogénéité des principes fondamentaux	26
2. 2. 1 - L'absence d'énoncés communs à l'ensemble des juridictions	26
2. 2. 2 - L'hétérogénéité des énoncés au sein de chaque juridiction	29
2. 2. 3 - La diversité des textures des énoncés	33
2. 2. 4 - Les origines des principes fondamentaux	35
3 - L'approche des principes fondamentaux par les fonctions	39
3. 1 - L'identification des fonctions communes aux « principes fondamentaux »	40
3. 1. 1 - La mise à l'écart des décisions où les « principes fondamentaux » apparaissent par citation de textes qui utilisent cette expression	41
3. 1. 2 - La méthode d'identification des fonctions communes aux principes fondamentaux.	44
3. 2 - L'analyse des trois fonctions identifiées	47
3. 2. 1 - La fonction rhétorique.....	47
3. 2. 2 - La fonction créatrice	51
3. 2. 2. 1 - La création par l'identification d'une norme	51
3. 2. 2. 2 - La création par l'extension d'une norme	55
3. 3 – La fonction de « prévalence-éviction »	57

Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes

Note de synthèse

1. Equipe de recherche

Recherche coordonnée par :

Pascale DEUMIER - Professeur – Université Jean Monnet - CERCRID

Sylvaine LAULOM - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID

Nathalie MERLEY - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERASPE

Eliette RUBI-CAVAGNA - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID

Membres de l'équipe de recherche :

Pascal ANCEL - Professeur – Université Jean Monnet - CERCRID

Marie-Thérèse AVON - Maître de conférences – Université Jean Monnet

Baptiste BONNET – Doctorant - Université Jean Monnet - CERASPE

Stéphane CAPORAL - Professeur – Université Jean Monnet - CERASPE

Sandrine CORTEMBERT – Maître de Conférences – Université Jean Monnet - CERAPSE

Marianne COTTIN - Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID

Simon DREVET – Etudiant

Fanny JACQUELOT – Docteur en Droit

Mathilde JULIEN – Maître de conférences – Université Paris VII

Farida KODRI-BENHAMROUCHE - Maître de conférences – IUT de Chartres

Ingrid MARIA - A. T. E. R. – Université Jean Monnet - CERCRID

Mouna MOUNCIF – Doctorante - CERAPSE

Marie-Renée SANTUCCI - Professeur – Université Jean Monnet

Balla SEYE – Doctorant - CERCRID

Philippe SOUSTELLE – Maître de conférences – Université Jean Monnet - CERCRID

Estelle WURTZBACHER – A. T. E. R. – Université Jean Monnet

2. Problématique et objectifs de la recherche

Un flou conceptuel entoure l'expression « principe fondamental » et il est très malaisé de préciser ce qui distingue le principe fondamental d'autres instruments qui semblent proches tels le principe général, le principe essentiel ou le principe. Si l'étymologie permet d'envisager une certaine complémentarité entre le substantif et l'adjectif en ce que le « principe fondamental » renverrait à la fois à ce qui est enraciné et érigé, les recherches historiques ne montrent pas d'engouement pour l'expression dans le champ juridique avant le XXème siècle. L'ancien droit français consacre en effet la notion de « loi fondamentale » tandis que l'expression « principe fondamental » se développe surtout dans le vocabulaire scientifique, et ne s'impose, en France, dans le langage du droit constitutionnel qu'au milieu du XXème siècle.

Pourtant aujourd'hui, toutes les juridictions suprêmes se partagent l'usage des principes fondamentaux avec pour point commun une même absence d'indication sur leur nature exacte.

Tenter de préciser au mieux ce que recouvre cet instrument a constitué dès lors un défi nécessaire que le CERCRID - engagé depuis sa création dans une réflexion sur la construction, la structure et la mobilisation des « outils » du droit tels la règle (légale ou jurisprudentielle), la décision, le contrat - a tenté de relever en collaboration avec le CERAPSE dont les compétences en droit public étaient indispensables.

La réponse à l'appel d'offre émise par le GIP justice a proposé une élucidation du phénomène du recours aux principes fondamentaux par les juridictions suprêmes. Plutôt que de construire une définition des principes fondamentaux dans le cadre d'une démarche théorique, l'équipe de recherche constituée a souhaité se placer d'un point de vue comparatiste en analysant et en confrontant les contentieux des juridictions produisant de la jurisprudence afin de percevoir l'éventuelle unité du phénomène (ou la dispersion du phénomène).

Comprendre la mobilisation des principes fondamentaux par les juridictions a conduit à fixer deux objectifs complémentaires pour la recherche. En premier lieu, il s'agissait d'identifier le phénomène et en second lieu de tenter de le comprendre.

- Identifier le phénomène devait permettre de vérifier l'existence d'un recours aux principes fondamentaux et de mesurer son ampleur en ayant égard, non pas seulement à ce

que les juridictions qualifient de « principe fondamental » mais également aux instruments autres qui relèvent d'une logique de principes fondamentaux. L'identification du phénomène devait donc être réalisée selon une double approche, une approche par les termes et une approche par les fonctions, cette dernière permettant l'identification d'expressions équivalentes à celle de « principe fondamental ».

- Comprendre le phénomène devait conduire, par une analyse comparée des résultats, à percevoir des phénomènes de convergences ou de divergences entre les juridictions concernant tant les contenus que la terminologie afin d'en dégager des conséquences en terme d'élaboration du droit ou de diffusion des normes.

3. Méthodologie de la recherche

La recherche est construite sur des méthodes de sociologie juridique qui permettent d'observer, dans le cadre contentieux, comment les juridictions mobilisent l'outil « principe fondamental » et les expressions équivalentes. Nous préciserons donc les options méthodologiques retenues pour réaliser l'observation contentieuse puis nous exposerons les différentes étapes de la recherche.

Les principes fondamentaux appellent une étude transversale. En premier lieu parce qu'étant fondamentaux, ils prétendent contenir des règles transversales au droit, ou à un ordre juridique, et se placent d'eux-mêmes sur une grande échelle. En second lieu parce que, si l'on veut, au-delà de l'étude des manifestations de ces principes, tenter de percevoir l'unité ou la dispersion du phénomène et l'étudier du point de vue des sources du droit, seule une analyse transversale apparaît pertinente.

Cette volonté de construire une approche transversale du phénomène a conforté le choix réalisé par l'équipe de recherche de refuser d'adopter une définition doctrinale *a priori*, tant les définitions étaient diverses selon les disciplines et les auteurs. Néanmoins, l'objet principal de l'étude devant, au moins provisoirement, être précisé, l'option retenue a été d'approcher le phénomène en se fondant sur le langage du droit, plus précisément sur le langage des juridictions elles-mêmes, afin de tenter de rendre compte du phénomène en se préservant des constructions théoriques ou doctrinales.

L'étude se situant dans le cadre d'une observation des sources du droit, seules les décisions des juridictions suprêmes ont été examinées car ce sont ces dernières qui produisent la

jurisprudence. Cette démarche a conduit à l'examen des décisions de juridictions nationales (Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation) ainsi que de juridictions supranationales (Cour de justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme, Cour internationale de Justice), décisions identifiées, dans la plupart des cas, par l'exploitation d'une base de données juridiques.

La recherche s'est déroulée en quatre étapes :

1^{ère} étape : l'analyse des décisions des juridictions suprêmes utilisant les termes de « principe(s) fondamental(aux) ».

L'objectif de la première étape de la recherche a été de recenser toutes les décisions des juridictions suprêmes utilisant l'expression « principe fondamental » ou « principes fondamentaux », les deux termes devant impérativement figurer dans les décisions. Un dépouillement systématique des décisions des juridictions suprêmes utilisant l'expression a été opéré.

Aux fins de procéder à l'analyse des décisions selon une méthode commune, une grille d'analyse a été élaborée qui a permis de collecter les énoncés des principes fondamentaux, de situer leur origine et surtout de cerner leur fonction dans la décision. Ces informations ont été synthétisées sous forme de tableaux concernant les statistiques et les énoncés et ont servi de support à la réflexion sur les fonctions des principes fondamentaux.

2^{ème} étape : la détermination des fonctions des principes fondamentaux et des supposés équivalents fonctionnels

A partir des différentes fonctions repérées dans les décisions des différentes juridictions, un schéma d'analyse commun des fonctions a été élaboré. Trois fonctions ont été identifiées : la fonction rhétorique, la fonction créatrice et la fonction de prévalence-éviction. Elles ont été testées afin de contrôler qu'elles permettaient de rendre compte de la réalité du raisonnement devant les différentes juridictions.

Les fonctions identifiées, une nouvelle interrogation des bases de données juridiques a été préparée. Un certain nombre d'expressions ont été isolées qui semblaient susceptibles de constituer des équivalents fonctionnels devant les différentes juridictions. Ces expressions ont été choisies sur la base des constatations réalisées dans la 1^{ère} étape de la recherche, des équivalents utilisés par la doctrine et d'une étude sémantique des termes proches. Ont été

retenues les locutions : principe essentiel, principe supérieur, principe général, règle fondamentale ainsi que le terme principe.

3ème étape : l'identification des équivalents fonctionnels par juridiction

Cette étape a eu pour but d'identifier le vocabulaire effectivement utilisé par chacune des juridictions suprêmes lorsqu'elle souhaite créer du droit ou faire prévaloir une norme. Il s'est donc agi d'interroger à nouveau les bases de données juridiques à partir des possibles équivalents fonctionnels dégagés afin de vérifier pour chaque expression si elle constituait ou non un équivalent fonctionnel pour la juridiction étudiée. Les tests réalisés ont néanmoins été de nature qualitative (et non exhaustive) et, dès lors qu'un nombre important d'occurrences est apparu, l'étude a été réalisée par sondage.

Pour compléter cette étude, des interrogations croisées ont été réalisées. Il s'agissait de procéder à des interrogations afin de contrôler si un contenu présenté comme un principe fondamental par la juridiction, dans un certain nombre de décisions, figurait dans d'autres décisions, comme un principe général, un principe essentiel, une garantie fondamentale ou un simple principe.

4ème étape : l'analyse transversale des résultats

La construction d'une analyse transversale a été réalisée sous deux formes complémentaires :

- une analyse générale des questions terminologiques et de leur sens dans le processus de création et de mise en œuvre du droit ;
- des analyses appliquées à un principe qualifié de fondamental par une (au moins) des juridictions étudiées mais dont le contenu figure dans les décisions d'autres juridictions suprêmes. L'objectif était de concrétiser les processus de circulation ou de diffusion des principes et les difficultés éventuelles liées aux questions de terminologie.

4. Les principaux résultats de la recherche

La recherche réalisée permet de formuler certaines conclusions concernant l'expression « principe fondamental », concernant le rôle et les contenus des principes présentés comme fondamentaux et des équivalents fonctionnels dégagés ainsi que concernant la circulation de principes présentés comme fondamentaux.

4. 1 - Le recours à l'expression « principe fondamental »

Le phénomène du recours aux principes fondamentaux est effectivement généralisé et la recherche a permis de préciser l'ampleur et les formes de ce phénomène.

L'étude systématique des décisions des juridictions utilisant l'expression « principe fondamental » a permis de constater que la mobilisation de l'expression par les juridictions suprêmes est en réalité faible, voire très faible, lorsqu'on la situe par référence au nombre de décisions rendues par lesdites juridictions et qu'il n'existe pas de recrudescence du recours aux principes fondamentaux par ces juridictions. Cette première étape a également permis de mettre en évidence l'hétérogénéité des principes fondamentaux :

- l'hétérogénéité des contenus des principes fondamentaux reconnus par les différentes juridictions suprêmes, ce qui contredit clairement l'hypothèse d'une reconnaissance commune de règles supposées supérieures,

- l'hétérogénéité des contenus des principes fondamentaux au sein même de la production de chacune des juridictions, même si, à cet égard, certaines juridictions comme le Conseil d'Etat apparaissent plus stables et d'autres telles la CJCE, diversifient beaucoup plus les énoncés.

Cette approche par le langage de droit, et plus spécialement par le langage des juridictions, ne permet pas de conclure qu'il existe une notion commune du « principe fondamental », de même qu'il n'est pas possible de déterminer des contenus communs qui constitueraient un socle sur lequel le droit s'appuierait.

4. 2 - Le recours à l'expression « principe fondamental » ou à un équivalent fonctionnel

L'identification d'équivalents fonctionnels à l'expression « principe fondamental » a été réalisée à partir de la mise en évidence des fonctions dévolues à la locution et il a été constaté que d'autres expressions ou termes étaient utilisés par les juridictions aux mêmes fins (notamment celles de « principe général », « principe essentiel », « règle fondamentale » ainsi que le terme « principe »).

- **Les principes fondamentaux et leurs équivalents fonctionnels constituent, pour les juridictions, des instruments de maîtrise des sources du droit**

La recherche a permis de mettre en évidence que l'instrument « principe fondamental » obéit à une triple fonctionnalité et les fonctions identifiées jouent à l'identique pour d'autres expressions (notamment celles de « principe général » et de « principe »). Ces locutions, « principe fondamental » ou équivalent fonctionnel, sont souvent présentes dans les motivations des juridictions comme un argument rhétorique, dans le sens où la qualification de la règle ne change pas la solution juridique de l'espèce, mais elles sont également mobilisées dans un objectif de création du droit ou constituent des outils de prévalence-éviction.

En effet, de telles expressions peuvent constituer, pour le juge, des instruments de création du droit soit par l'affirmation d'une norme qui n'était pas jusqu'alors formulée comme telle dans le contentieux considéré, soit par l'extension du champ d'application d'une règle existante.

Instruments de prévalence éviction, le recours à l'expression de « principes fondamentaux » ou à des expressions équivalentes permet à une règle ainsi qualifiée de prévaloir dans le litige en cause. Il ne s'agit néanmoins pas, pour le juge, de situer la règle dans une hiérarchie des normes, il évince plutôt l'application d'une autre règle laquelle peut très bien être formellement de même rang juridique que celle qui a été préférée.

Le recours à de telles expressions offre ainsi, aux juges suprêmes, une certaine maîtrise sur les sources du droit qu'ils ont la charge d'appliquer.

- Les principes fondamentaux et leurs équivalents fonctionnels présentent une grande hétérogénéité dans leur contenu

Après avoir permis la constatation de l'hétérogénéité du contenu des principes fondamentaux, les investigations réalisées montrent une hétérogénéité des normes présentées comme des principes généraux, des principes ou encore des règles fondamentales... Les juridictions étudiées connaissent en effet des contentieux fort différents et les normes dont elles doivent assurer le respect sont diverses ce qui explique l'hétérogénéité des contenus. Seuls quelques contenus communs émergent de l'étude comme l'égalité, les principes de procédure (défense, contradictoire...) ou quelques émanations du principe de sécurité juridique. Mais ces contenus sont adaptés, par chacune des juridictions, à leurs champs respectifs d'intervention ainsi qu'à leurs contentieux (égalité des Etats pour la Cour Internationale de Justice, égalité de traitement pour la Cour de cassation, égalité entre homme et femme pour la Cour de justice des communautés européennes...).

- Les principes fondamentaux, les principes généraux et les principes ou l'instabilité du vocabulaire des juridictions

Les contenus sont présentés selon une terminologie variable. L'observation des décisions a permis de conclure que les variations résultent du texte sur lequel la juridiction se fonde, de l'ordre auquel celle-ci appartient, des précédentes décisions dont elle s'inspire, de la « perméabilité » de la juridiction à la jurisprudence développée par une autre ... Ceci expliquant que les mêmes contenus ou des contenus proches peuvent être présentés comme des « principes généraux », des « principes fondamentaux » ou des « principes », pour ne reprendre que les locutions les plus fréquemment et les plus communément employées. Selon les juridictions, les expressions peuvent être simplement instrumentalisés ou renvoyer à des catégories juridiques, parfois reconnues au plan doctrinal.

Pour dépasser les particularismes des juridictions et percevoir quelques germes de cohérence dans la construction d'ensemble produite, la seule voie réside dans l'observation par ordre juridique, l'ordre juridique national d'une part et l'ordre juridique international d'autre part. La tendance constatée au sein de l'ordre interne consiste à reconnaître une valeur constitutionnelle au « principe fondamental » alors que dans l'ordre international, les catégories reconnues sont construites autour de la locution « principe général ». Ainsi le Conseil d'Etat, et dans une large mesure, le Conseil constitutionnel limitent leur utilisation de l'expression « principe fondamental » à la qualification de norme constitutionnelle. De façon similaire, la CEDH mobilise la locution « principe général » par référence aux normes dégagées par la CIJ. Mais ces tendances n'excluent pas une instrumentalisation de ces deux locutions de façon moins structurée.

La recherche menée sur les principes fondamentaux devant les juridictions suprêmes rappelle ainsi la relativité des ordres juridiques : il n'existe pas une notion de droit, une façon de faire du droit, une série prédéterminée et valable de manière absolue d'outils normatifs, mais des choix faits par des systèmes. Ordre interne et ordre international n'ont pas fait les mêmes choix dans leur construction des outils « principes fondamentaux » et « principes généraux ».

La constatation de ces convergences permet d'expliquer les divergences terminologiques entre juridictions pour un même contenu mais ne peut masquer une certaine instabilité du vocabulaire, au demeurant nettement plus marquée pour deux juridictions (la

Cour de justice des communautés européennes et la Cour de cassation) obérant parfois la lisibilité du droit comme le montre l'étude sur le principe dit « de faveur ».

Les spécificités du vocabulaire de la Cour de justice des Communautés européennes semblent néanmoins peu génératrice d'incohérence dans l'ordre international : la juridiction communautaire développant ses propres sources et ses propres méthodes de résolution des conflits, spécifiques à l'ordre juridique régional dont elle assure le contrôle, l'originalité de ses utilisations lexicales n'est qu'un symptôme de sa spécificité dans l'ordre international général.

En revanche, si une certaine rationalisation des variations terminologiques de la Cour de cassation peut être perçue, les dysharmonies que celles-ci provoquent au plan interne amènent à souhaiter une prise de conscience, au sein de la haute juridiction de l'ordre judiciaire, de la nécessité de mettre en harmonie son vocabulaire avec celui du Conseil constitutionnel et celui du Conseil d'Etat aux fins de structurer les sources du droit au plan national.

4. 3 – La circulation de principes présentés comme fondamentaux

Les divergences de vocabulaire et les divergences de construction des sources du droit entre les différentes juridictions suprêmes ne constituent cependant pas une entrave à la diffusion des contenus des principes. En témoigne la circulation du principe de faveur entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

De même, avons-nous pu vérifier que le principe de sécurité juridique, qui a pris naissance dans les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, s'est diffusé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, pour l'heure, ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'Etat, ni le Conseil constitutionnel ne reconnaissent l'existence d'un principe de sécurité juridique, cependant la notion de sécurité juridique constitue, d'ores et déjà, un élément de notre système de droit et on ne peut exclure qu'il acquière, un jour, le statut de principe par le biais de la jurisprudence de l'une ou l'autre des juridictions françaises.

Enfin, la construction progressive et largement homogène des droits de la défense permet d'observer, si ce n'est des phénomènes d'influences, du moins des convergences entre les jurisprudences des juridictions suprêmes. Lorsqu'elles se trouvent confrontées à des questions juridiques identiques, les juridictions quoique suprêmes ne développent plus leur jurisprudence sans égard pour les positions adoptées par les autres juridictions suprêmes.

L'étude présentée ne permet pas de soutenir une vision *jus* naturaliste du phénomène du recours aux principes fondamentaux. Elle n'offre guère plus d'arguments au soutien d'une vision positiviste de construction rationnelle du droit. En revanche, elle incite à se pencher, de nouveau, sur la construction et la cohérence d'un droit jurisprudentiel dont on peut louer l'adaptabilité mais qui n'offre guère de prise à la construction de théories générales prenant en compte les données contentieuses.

4 - Les équivalents fonctionnels	60
4.1 - La recherche des équivalents fonctionnels	61
4.1.1 - La méthode de recherche des équivalents fonctionnels	61
4.1.1.1 - La présentation de la méthode	61
4.1.1.1.1 - Les équivalents fonctionnels rencontrés lors des phases antérieures.....	61
4.1.1.1.2 - Les équivalents sémantiques	63
4.1.1.2 - La présentation des supposés équivalents fonctionnels retenus	64
4.1.2 - L'existence et la diversité des équivalents fonctionnels	67
4.1.2.1 - Le panorama des équivalents fonctionnels devant les juridictions suprêmes	68
4.1.2.1.1 - Les équivalents occasionnels	68
4.1.2.1.2 - L'équivalent principal : les « principes généraux »	71
4.1.2.2 - L'émergence de catégories juridiques	73
4.2 - L'analyse comparée des principes fondamentaux et des équivalents fonctionnels	75
4.2.1 - Les tendances convergentes au sein de chaque ordre juridique.....	76
4.2.1.1 - Les principes fondamentaux devant les juridictions suprêmes de l'ordre juridique étatique : une catégorie à valeur constitutionnelle	76
4.2.1.2 - Les principes généraux devant les juridictions suprêmes de l'ordre juridique international : une catégorie reconnue	79
4.2.2 - Les principales sources d'instabilité lexicale.....	82
4.2.2.1 - L'utilisation du terme « principe » dépourvu de qualificatif	83
4.2.2.2 - L'instabilité du vocabulaire utilisé par certaines juridictions	87
4.2.2.2.1 - La Cour de justice des Communautés européennes : la distinction principe fondamental/principe général.....	87
4.2.2.2.2 - La Cour de cassation : la constance dans la dispersion	90
5 - L'approche transversale de quelques principes fondamentaux	92
5.1 - Le principe fondamental de faveur	95
5.2 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions suprêmes .	106
5.2.1 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions européennes ..	107
5.2.1.1 - La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes	108
5.2.1.2 - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	117
5.2.2 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions françaises	122
5.2.2.1 - La jurisprudence du Conseil Constitutionnel.....	122
5.2.2.2 - La jurisprudence du Conseil d'État	124
5.2.2.3 - La jurisprudence de la Cour de cassation.....	125
5.3 – Les droits de la défense	130
5.3.1 - L'identification du principe	132
5.3.1.1 - Fondements et terminologie.....	132
5.3.1.1.1 - Les droits de la défense : un principe qui existe avec ou sans texte	132
5.3.1.1.2 - Une terminologie propre à chaque juridiction.....	136
5.3.1.2 - Valeur et fonction du principe	138
5.3.1.2.1 - La consécration du principe du respect des droits de la défense au plus haut rang des hiérarchies des normes	138
5.3.1.2.2 - Les fonctions du principe du respect des droits de la défense	140

5. 3. 2 - Le travail jurisprudentiel de délimitation du principe du respect des droits de la défense	144
5. 3. 2. 1 - Champ d'application (en surface).....	144
5. 3. 2. 1. 1 - Le choix des titulaires	144
5. 3. 2. 1. 2 - Les domaines	144
5. 3. 2. 2 - Contenu du principe (en profondeur).....	149
5. 3. 2. 2. 1 - Le droit d'être assisté par un avocat	150
5. 3. 2. 2. 2 - La communication des griefs	151
5. 3. 2. 2. 3 - L'accès au dossier	153
5. 3. 2. 2. 4 - Le droit d'être entendu	154
5. 3. 2. 2. 5 - Le droit de garder le silence et le droit ne pas s'auto-incriminer.....	156
 6 - Conclusion	 159
 Bibliographie	 162
 Annexes	 169
 Annexe I – Historique	 170
Annexe II – Grille d'analyse des décisions de justice.....	185
Annexe III – Cour Internationale de Justice.....	187
Annexe IV – Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	193
Annexe V- Cour de Justice des Communautés Européennes.....	212
Annexe VI – Conseil Constitutionnel	234
Annexe VII- Conseil d'Etat.....	276
Annexe VIII – Cour de Cassation	291

1 - Introduction

Un flou conceptuel entoure l'expression « principe fondamental ». Dès l'abord l'interrogation point concernant ce qui distingue le principe fondamental, du principe essentiel, du principe général ou du principe supérieur. L'appel à projet et la programmation scientifique pour les années 2001-2003 formulés par la Mission de recherche Droit et Justice sont, à cet égard, révélateurs des incertitudes. L'appel d'offre sollicite en effet une réflexion sur les « principes fondamentaux du droit » tandis que la programmation scientifique invitait, au sein des sources et modes de formation du droit, à réaliser des investigations sur les « principes généraux du droit » en soulignant que « *L'objectif serait de s'interroger sur la notion même de « principes supérieurs du droit » auxquelles se réfèrent certaines décisions jurisprudentielles fondamentales... »*.

Cette apparente interchangeabilité des expressions amène à s'interroger tout à la fois sur ce que sont les principes fondamentaux et sur ce qui pourrait les distinguer ou les rapprocher des principes supérieurs, généraux ou essentiels. La réponse à l'appel d'offre proposée par le CERCRID et le CERAPSE a donc été structurée autour de l'expression « principes fondamentaux » avec pour objectif d'élucider le phénomène du recours à de tels principes fondamentaux par les juridictions suprêmes.

Les premiers éléments de définition des principes fondamentaux permettent de comprendre les interrogations qui surgissent aujourd'hui concernant l'éventuelle identification d'une notion de principe fondamental, le cas échéant distincte des principes autrement qualifiés.

1. 1 – Premiers éléments d'une définition des principes fondamentaux

L'identification des premiers éléments de définition impose de remonter aux sources de l'expression par des recherches étymologiques et historiques.

1. 1. 1 – Les apports de l'étymologie

Une approche étymologique permet de mieux cerner les deux termes composant la locution dont on souligne parfois le caractère pléonastique.

La notion philosophique de principe semble apparaître au VI^{ème} siècle avant J.C., dans la civilisation grecque. Le terme employé est « *archè* » alors que les philosophes commencent à spéculer sur la nature profonde des choses, sur ce qui constitue leur principe. Les Romains adoptent le mot *principium*, à l'origine du mot français principe, pour désigner ce qui est avant, au commencement, à l'origine. En Orient Ancien, le mot « principe » se trouve explicitement dans la Bible. Dans l'Ancien Testament, (Livre de la Genèse 1, 1), il est écrit : « In principio creavit Deus cælum et terram »¹. Dans le Nouveau Testament (Prologue de l'Evangile selon Saint Jean 1, 1) : « In principio erat Verbum... »².

Le terme implique une hiérarchie entre des notions, il permet de distinguer entre des notions qui sont à la source, nécessairement supérieures, et d'autres notions qui découlent de ces notions premières.

Le terme « principe » deviendra largement polysémique en ancien français signifiant non seulement le commencement mais aussi la source ou la cause première d'une chose puis la notion fondamentale d'une science et par extension la loi de portée générale relative à une science ou à une discipline.

Le substantif « fondement » dont découle l'adjectif « fondamental » connaît une évolution plus nette encore d'une acception matérielle à un sens figuré. Le terme utilisé en Grec est « *thémélion* », celui employé en latin est *fundamentum* qui a donné le mot français fondement. Ce vocable signifie exactement fondement, fondation, pierre de fondation. Le dérivé latin de *fundare*, *fundamentalis*, désignait « ce qui constitue la base de quelque chose ».

On note que le terme, dont le sens s'élargit, part toujours d'un signifié matériel pour s'élever vers un sens figuré dont n'est pas absente l'idée de construction. Il exprime ce qui est support et qui soutient l'ensemble. En ce sens d'ailleurs, le dictionnaire de la langue française rapproche l'adjectif « fondamental » d'autres adjectifs présentés comme synonymes : essentiel, constitutif, capital, crucial, basique, foncier, radical.

Les deux termes étudiés renvoient donc tous deux à l'idée de source et d'origine ce qui peut accréditer l'impression d'une expression pléonastique. Néanmoins, le « principe » exprime la source dans sa primauté et son antériorité, le « fondement » exprime la source dans sa solidité et sa stabilité. L'expression « principe fondamental » peut alors être comprise comme revêtant un double sens : ce qui est à la fois enraciné et érigé.

¹ « Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre »

² « Au commencement était le Verbe ... ». En Grec « en archè è o logos ».

L'expression ne semble pas connaître un succès immédiat dans l'histoire française.

1. 1. 2 – Les apports de l'histoire

Si l'expression « loi fondamentale » s'impose en droit public, sous l'influence du droit canonique, pour désigner celles qui sont au fondement de l'Etat monarchique, tant en France que dans l'Allemagne du Saint Empire ou même en Grande-Bretagne, celle de « principes fondamentaux » apparaît d'un usage plus large et se développe corrélativement à la pensée moderne avant de connaître, en France, la consécration par le biais du préambule de la Constitution de 1946.

1. 1. 2. 1 – La dimension constitutionnelle des lois fondamentales

En France, l'expression « lois fondamentales » désignant la constitution non écrite du Royaume avant 1789 est apparue relativement tardivement. Sa première apparition a été repérée dans un texte rédigé en 1575; il s'agit d'un manifeste du parti des Politiques (parti de catholiques n'approuvant pas les excès de la Ligue et donc défendant le roi et ses pouvoirs traditionnels). L'expression fut en quelque sorte consacrée par l'emploi qu'en firent les Parlements dans l'Edit d'Union du 19 juillet 1588.

Auparavant on employait pour les désigner, les termes de « lois du royaume », par opposition aux « lois du roi »³. L'usage de l'expression « lois fondamentales »⁴ devient courant dans la deuxième moitié du XVIIème siècle mais ne supprime l'ancienne appellation qu'au XVIIIème.

Dans le langage juridique de l'Ancien Régime, le terme de « fondamental » est réservé à ces « lois fondamentales » et donc au domaine du droit constitutionnel⁵ et les historiens contemporains qui analysent ces lois parlent constamment à leur sujet de « principe » : principe de masculinité, d'indisponibilité etc. et même, nomment parfois leur ensemble de « principes directeurs de la monarchie ».

³ Les lois du Roi sont l'expression du pouvoir législatif.

⁴ Le terme de « lois » peut sembler surprenant puisqu'il est appliqué à des règles dont nous savons qu'elles sont essentiellement d'origine coutumière, qu'elles se sont développées progressivement pour régler les rapports entre le Roi et l'Etat. Le sens du mot loi n'est donc pas ici à relier au pouvoir législatif, mais relève plutôt du sens moral et scientifique de règle d'action que l'on doit obligatoirement appliquer.

⁵ Le terme de constitution au sens actuel n'apparaît néanmoins pour la première fois qu'en 1723, dans une déclaration royale.

La volonté des juristes du Moyen-Âge est de donner à ces règles, nées de façon empirique, un caractère d'immanence afin de les rendre supérieures au pouvoir lui-même et d'assurer la stabilité de ce pouvoir. Ce désir de stabilité est manifeste dans le deuxième terme de l'expression, le mot « fondamental ». Ces règles sont les fondements, les fondations de la royauté et toute atteinte ou dérogation sape la cohésion de l'ensemble, détruit l'ordre nécessaire à la paix et devient une menace non seulement pour la royauté mais pour l'ensemble du corps social puisque dans la théorie monarchique le roi et son peuple ne font qu'un (théorie du corps mystique).

Quant à leur contenu, les « lois fondamentales » se construisent très progressivement. Dès le XIII^{ème} siècle, les juristes qui entourent le roi bâtissent peu à peu la théorie selon laquelle il existe, à l'intérieur du royaume, des normes juridiques placées au-dessus de la volonté du roi. Pour ce faire, il convient de distinguer le roi de la couronne et les juristes réinventent alors le droit public, en s'appuyant sur le droit romain mais aussi sur la doctrine canonique: « la distinction du roi et de la couronne reprend celle du pape et de l'Eglise » (Ourliac)⁶. Ici comme là, les règles de succession, d'inaliénabilité et d'orthodoxie s'imposent au titulaire du pouvoir.

Compte tenu de leur origine coutumière et du souci de pouvoir régler un problème imprévu, les lois fondamentales constituent un ensemble ouvert qui n'a jamais connu d'énumération limitative. Toutefois, et malgré les tentatives des Etats généraux et des Parlements, les refus du Roi ont toujours limité les lois fondamentales aux dispositions qui règlent la dévolution du trône et imposent l'inaliénabilité du domaine de la couronne⁷.

Lors de la révolution française, en 1789, la majorité de l'assemblée part du principe qu'elle a pour tâche de mettre par écrit les « Lois fondamentales » de l'Etat⁸. Le titre I de la Constitution de 1791 reprend les idées révolutionnaires dans les « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution » mais le Titre 3 consacre la forme monarchique du pouvoir (article 4) et confirme la loi salique (chapitre II, Section 1, article 1). De ce fait, les notions

⁶ En dépit des apparences, il n'y a pas transmission du pouvoir de monarque à monarque, mais investiture automatique et directe du successeur par la coutume pour en continuer l'office. Les titulaires successifs sont dépersonnalisés au profit de la permanence de l'être royal. Le roi est au mieux un usufruitier ou un tuteur du royaume.

⁷ Les conflits idéologiques qui ont précédé et suivi la Révolution avaient conduit à sous-estimer la valeur juridique des lois fondamentales. Voltaire écrivait « On parle partout des lois fondamentales mais existent-elles? ». Des historiens, comme Marcel Marion, niaient même leur existence. Aujourd'hui les historiens s'accordent à leur donner valeur de lois constitutionnelles.

⁸ Cependant une minorité, reprenant les idées de Sieyès, croit que la Constitution doit reposer sur des principes juridiques neufs.

essentielles des « Lois fondamentales » du royaume se retrouvent, mises par écrit, à l'intérieur de la Constitution. La constitution devient la loi suprême comme l'affirmait déjà Thouret le 3 novembre 1789 devant l'assemblée : « Etablir la Constitution, c'est porter, au nom de la Nation, la loi suprême qui lie et subordonne les différentes parties de l'Etat au tout ... c'est-à-dire ... la Nation en corps »⁹. Pour cette raison, la Constitution - loi suprême - s'impose à la volonté des législateurs ordinaires.

Après le renversement de la Royauté, le 10 août 1792, les « Lois fondamentales » ne doivent plus exister, non seulement comme dispositions propres à un régime, mais aussi en tant que lois constitutionnelles. Le terme « fondamental » disparaît des textes pour plus de 150 ans¹⁰. Les constitutions rigides qui vont suivre poseront des « dispositions générales » ou garantiront des « droits ».

En France, l'adjectif « fondamental » va disparaître des textes constitutionnels pendant 150 ans¹¹ alors que l'expression « principes fondamentaux » connaîtra un certain développement à l'étranger ainsi que dans le vocabulaire scientifique.

1. 1. 2. 2 – L'utilisation plus diversifiée de l'expression « principes fondamentaux »

En France comme à l'étranger, si les « principes fondamentaux » revêtent parfois une dimension constitutionnelle, l'expression est le plus souvent utilisée dans un contexte plus large.

Les utilisations de l'expression « principe fondamental » dans le champ constitutionnel paraissent rares mais elles sont révélatrices. Est-ce partiellement pour rompre avec les lois fondamentales ? Est-ce, au contraire, pour ne pas s'en couper totalement ? L'année qui précède la Révolution française, un publiciste, Le Roy de Barincourt, publie un ouvrage intitulé *Principe fondamental du droit des souverains*¹² dans lequel il défend tout à la fois le principe monarchique et la séparation des pouvoirs¹³.

L'expression apparaît encore pendant l'été constituant de 1789. On relève le *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, d'Adrien

⁹ Archives parlementaires, Première Série, Tome 9, page 655

¹⁰ A une exception près dans la Constitution du 14 janvier 1852. Voir Annexe I.

¹¹ En 150 ans, le terme apparaît une fois en 1852. Il ne ré-apparaît ensuite que dans le préambule de la Constitution de 1946. Voir Annexe I.

¹² Le Roy de Barincourt, *Principe fondamental du droit des souverains* 2 tomes, 320 p. Genève : [s.n.], 1788

¹³ Défense d'une monarchie limitée qui formera le discours de beaucoup de monarchiens. Il en reprend les grandes lignes en 1789 dans *La monarchie parfaite ou l'accord de l'autorité d'un Monarque avec la liberté de la nation qu'il gouverne*. Genève, 292 p.

Duport et, dans les débats, une intervention de Dêmeunier. Ce dernier, critiquant le projet d'un de ses collègues, fait une observation intéressante quant à la signification qu'il accorde à cette expression : « Je ne crois pas que l'on puisse adopter le système de M. Crenière : ce système tend à confondre la Déclaration des droits et les *principes fondamentaux de la Constitution* ; c'est le système de Hobbes, rejeté de l'Europe entière »¹⁴.

En Amérique, l'expression « principes fondamentaux » semble s'être imposée plus tôt et plus nettement en particulier au moment de la rédaction de la Charte des Libertés du Massachusetts de 1641¹⁵. Elle se trouve dans le Livre des Lois et Libertés générales des habitants du Massachusetts de 1648¹⁶ et, bien entendu, dans la Constitution du Massachusetts de 1780¹⁷. On doit encore évoquer le célèbre arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis rendu en 1803, *Marbury v. Madison*¹⁸. La décision énonce, à propos de la supériorité de la Constitution fédérale sur les lois fédérales, que « cette *théorie* est essentiellement attachée à une constitution écrite et doit par conséquent être considérée par cette Cour comme un des *principes fondamentaux de notre société (fundamental principles of our society)* »¹⁹. Ici, parce que la constitution, écrite, est la *loi fondamentale* et suprême, la *théorie* de sa suprématie est un *principe fondamental de la société*.

Nonobstant ces quelques exemples illustrant un lien fort entre « constitutionnel » et « fondamental », l'expression « principes fondamentaux » apparaît d'un usage plus large. On trouve de nombreuses occurrences de cette expression, relative ou non au droit, chez les philosophes et les publicistes. Ainsi, en philosophie du droit, dès 1673, Pufendorf voit-il dans l'amour de soi-même « un des principes fondamentaux du droit naturel »²⁰. De même, la référence à des « principes fondamentaux », qui ne sont pas nécessairement juridiques, figure-

¹⁴ AP, 1ère série, t. VIII, séance du 18 août, p. 451. Cela indique clairement que pour certains constituants, les principes fondamentaux de la Constitution appartiennent au positivisme hobbesien et n'ont rien à voir avec le jusnaturalisme des Lumières ni avec les principes énoncés dans la Déclaration.

¹⁵ Massachusetts Body of Liberties. Les « principes fondamentaux » y complètent la Magna Carta de 1215.

¹⁶ Facsimilé Cambridge, 1929.

¹⁷ L'article XVIII fait référence aux *fundamental principles of the constitution*.

¹⁸ 24 février 1803, U.S. Supreme Court *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 5 U.S. 137 (Cranch) William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States. February Term, 1803.

¹⁹ « Assurément, tous ceux qui ont élaboré des Constitutions écrites les ont conçues comme représentant la *loi fondamentale* et suprême de la nation (*fundamental and paramount law of the nation*) ; en conséquence, le principe de tout gouvernement de cet ordre doit être qu'une loi du Parlement contraire à la Constitution est nulle. Cette *théorie* est essentiellement attachée à une Constitution écrite et doit par conséquent être considérée par cette Cour comme un des *principes fondamentaux de notre société (fundamental principles of our society)* »

²⁰ « Amour de soi-même est un des *Principes fondamentaux* du Droit Naturel », Pufendorf (Samuel von), *Les devoirs de l'homme et du citoyen tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, 1673, trad. du latin de feu Mr. le baron de Pufendorf, par Jean Barbeyrac, XL-[8]-376 p. Amsterdam, H. Schelte, 1707.

t-elle, entre autres, chez le baron d'Holbach²¹, chez Antoine-Martin Roche²², disciple de Locke, chez d'Alembert dans l'Encyclopédie²³ qui l'utilise comme synonyme de « principes généraux »²⁴, et bien sûr chez Jean-Jacques Rousseau²⁵. Il s'agit d'identifier ce qui structure un concept tel que le droit, la religion, les sciences ou la raison.

Il semble que, à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, dans la littérature purement scientifique, juridique ou économique²⁶, les occurrences, relativement rares, de l'expression « principes fondamentaux », retiennent surtout le caractère systémique ce qui correspond au développement de l'esprit scientifique²⁷. C'est la raison pour laquelle, ici encore, les auteurs préfèrent parfois employer l'expression « principes généraux », qui figure notamment dans le cours de droit administratif de Ducrocq²⁸.

1. 1. 2. 3 – L'essor contemporain de l'expression « principes fondamentaux » dans le langage du droit

En France, l'essor de l'expression dans le langage du droit semble conséquent à l'adoption de la constitution de 1946.

L'histoire est connue. C'est au début de l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931 qu'apparaît l'expression : « Sous réserve du maintien de la liberté d'enseignement qui est un des principes fondamentaux de la République... »²⁹. Cette affirmation conduira à des

²¹ Holbach (Paul Henri Dietrich, baron d'), *Le christianisme dévoilé, ou Examen des principes et des effets de la religion chrétienne* (par feu M. Boulanger) Londres : [s.n.], 1756 (en réalité Nancy 1766). in-8, Amsterdam, 1767.

²² Roche, Antoine-Martin, *Traité de la nature de l'âme et de l'origine de ses connaissances* Volume I, 570 p. Paris : Vve Lottin, 1759. in-12, Gourlin (Pierre-Sébastien).

²³ Alembert (Jean Le Rond D'), *L'encyclopédie*, Tome 3, 1754, éd. Stuttgart, F. Fromann, 1966.

²⁴ Discours préliminaire de l'*Encyclopédie*, les expressions « principes généraux » ou « fondamentaux » des sciences sont employées indifféremment.

²⁵ « Je me suis toujours dit tout cela ne sont que des arguties et des subtilités métaphysiques qui ne sont d'aucun poids auprès des *principes fondamentaux* adoptés par ma raison, confirmés par mon coeur et qui tous portent le sceau de l'assentiment intérieur dans le silence des passions » Rousseau (Jean-Jacques), *Les rêveries du promeneur solitaire*; 1776-1778, publication posthume 1782. Le même auteur évoque également les « principes fondamentaux du christianisme dans les *Lettres écrites de la Montagne*, Amsterdam, 1764, M.-M. Rey, in 8°.

²⁶ Say (Jean-Baptiste), *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*, 3^{ème} édition accompagnée d'un épilogue des *principes fondamentaux de l'économie politique*, après le remaniement de l'édition de 1814, Paris, Deterville, 1817.

²⁷ V. par exemple, Foelix (Jean Jacques Gaspard), *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Tome premier, 4^e éd. rev. et augm. par Charles Demangeat, VIII-510 p., Paris : Marescq, 1866 ; Fiore, Pasquale, *Le droit international codifié et sa sanction juridique* ; nouv. éd. complètement ref. et complétée, en tenant compte des Conférences de la Haye de 1899 et de 1907, trad. de l'italien par Ch. Antoine, XX-893 p. Paris : A. Pedone, 1911 ; *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye 1924 – 1938, 1934 -III, t. 49 de la collection, Paris, Sirey 1934, 890 pp, E.-M. Meijers : « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age, spécialement dans l'Europe occidentale ».

²⁸ Ducrocq (Théophile), *Cours de droit administratif*, Tome second, 848 p., Paris : E. Thorin, 1881 : « principes généraux de l'assistance publique ».

²⁹ Il n'est pas inintéressant de noter que l'amendement à l'origine de cette insertion présentait la liberté d'enseignement comme « une des lois fondamentales de la République » et qu'un débat s'en est suivi sur l'existence ou non d'une loi, les parlementaires ayant finalement préféré le terme de principe pour éviter notamment l'éventuelle confusion ou distinction entre des lois fondamentales et des lois qui ne le seraient pas alors que la législation ne procédait pas à cette distinction. Voir

débats passionnés lors de l'élaboration du préambule de la constitution de 1946 qui « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de République »³⁰.

La Constitution de la Vème République, en proclamant, dans son préambule, son attachement au préambule de la constitution de 1946 et en créant le Conseil constitutionnel lequel reconnaîtra valeur constitutionnelle au dit préambule, contribuera à l'essor de ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Cette référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de République ainsi que la mention, dans l'article 34 de la Constitution de 1958, de la compétence législative pour fixer les principes fondamentaux de certaines matières, peuvent amener à percevoir le droit constitutionnel comme le détenteur d'un monopole en la matière : seraient fondamentaux, les principes à valeur constitutionnelle, sous la réserve du choix de cette qualification par le Conseil constitutionnel, seul organe apte à reconnaître une telle valeur.

Cette perception des principes fondamentaux, qui semble fortement liée à la tradition française ne rend pas compte de la variété actuelle des recours aux principes fondamentaux. Le Conseil constitutionnel n'a pas l'exclusivité de l'expression et aujourd'hui toutes les juridictions que l'on peut qualifier de suprêmes, au sens où leurs décisions ne peuvent être soumises à l'appréciation d'une autre juridiction, utilisent l'expression. Le principe fondamental est un instrument mobilisé par les juridictions suprêmes nationales (le Conseil d'État³¹ et la Cour de cassation³²), européennes (la Cour européenne des droits de l'homme³³ et la Cour de justice des Communautés européennes³⁴) et internationale (la Cour

V. Champeil-Desplat Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, Economica, PUAM, 2001 et E. SAID Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Mémoire, Université de Rennes I. 1992.

³⁰ Voir V. Champeil-Desplat, préc. et E. SAID préc.

³¹ C.E., Ass., 3 juillet 1996, Koné, G.A.J.A., n° 113 : « que ces stipulations doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République (...) »

³² Cass. Soc. 27 mars 2001, Bull., : « Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »

³³ C.E.D.H., 22 mars 2001, Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, § 49 : « La Cour rappelle tout d'abord les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'interprétation et l'application du droit interne »

³⁴ C.J.C.E., 9 octobre 2001, Flemmer. Affaires jointes C 80/99 à C 82/99 : « en ce qui concerne le principe de la confiance légitime invoqué par la juridiction nationale, il y a lieu de rappeler que les exigences découlant de la protection des droits et des principes fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire dont la Cour assure le respect lient également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires »

internationale de justice³⁵). Ces juridictions suprêmes se partagent désormais l'usage des principes fondamentaux avec pour points communs une même absence d'indication sur leur nature exacte et une égale diversité dans les fonctions attribuées.

Le langage du droit s'est saisi de l'expression. Les textes et les juridictions semblent aussi enclins à y recourir que peu disposés à en préciser les contours exacts.

La littérature en la matière est d'un secours relatif : si elle est très fournie concernant des termes et expressions voisines, notamment sur les principes généraux du droit et les droits fondamentaux, elle ne traite pas directement des principes fondamentaux³⁶. La distinction des différentes expressions reste, dans ce contexte, très malaisée.

Tenter de préciser au mieux ce que recouvre cet instrument se présente dès lors comme un défi nécessaire que le CERCRID, engagé depuis sa création dans une réflexion sur les « outils » du droit³⁷ – la règle (légale ou jurisprudentielle), la décision, le contrat -, a tenté de relever en collaboration avec le CERAPSE dont les compétences en droit public étaient indispensables.

1. 2 - Les objectifs de la recherche

La recherche se propose d'élucider le phénomène du recours aux principes fondamentaux par les juridictions suprêmes. Il ne s'agit pas de construire une définition dans le cadre d'une démarche théorique, il s'agit de percevoir l'éventuelle unité du phénomène (ou la dispersion du phénomène) à partir de la comparaison des contentieux des juridictions produisant de la jurisprudence.

Comprendre la mobilisation des principes fondamentaux par les juridictions a conduit à fixer deux objectifs complémentaires pour la recherche. En premier lieu, il s'agissait d'identifier le phénomène et en second lieu de tenter de le comprendre.

- Identifier le phénomène devait permettre de vérifier l'existence d'un recours aux principes fondamentaux et de mesurer son ampleur en ayant égard, non pas seulement à ce que les juridictions qualifient de « principe fondamental » mais également aux instruments

³⁵ C.I.J. arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis (le principe de la légitime défense) ; CIJ, arrêt du 3/02/94, Différend territorial Jamahiriya Arabe Libyenne c. Tchad (le principe de l'effet utile des frontières).

³⁶ Hormis des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

³⁷ La réflexion engagée a pour objectif de mieux comprendre la construction de tels outils, leur structure, leur fonctionnement en liaison avec les actions et leurs interactions.

autres qui relèvent d'une logique de principes fondamentaux. L'identification du phénomène devait donc être réalisée selon une double approche, une approche par les termes et une approche par les fonctions, cette dernière permettant l'identification d'expressions équivalentes à celle de « principe fondamental ».

- Comprendre le phénomène devait conduire, par une analyse comparée des résultats, à percevoir des phénomènes de convergences ou de divergences entre les juridictions concernant tant les contenus que la terminologie afin d'en estimer les conséquences en terme d'élaboration du droit ou de diffusion des normes.

1. 3 - La méthode

La recherche est construite sur des méthodes de sociologie juridique qui permettent d'observer, dans le cadre contentieux, comment les juridictions mobilisent l'outil « principe fondamental » et les expressions équivalentes. Nous préciserons donc les options méthodologiques retenues pour réaliser l'observation contentieuse puis nous exposerons les différentes étapes de la recherche.

1. 3. 1 - Les options méthodologiques dictées par les objectifs

Les principes fondamentaux appellent une étude transversale. En premier lieu parce qu'étant fondamentaux, ils prétendent contenir des règles transversales au droit, ou à un ordre juridique, et se placent d'eux-mêmes sur une grande échelle. En second lieu parce que, si l'on veut, au-delà de l'étude des manifestations de ces principes, tenter de percevoir l'unité ou la dispersion du phénomène et l'étudier du point de vue des sources du droit, seule une analyse transversale apparaît pertinente.

Sans doute, la pensée juridique publiciste est-elle très en avance sur la question mais elle ne permet pas d'explicitier l'ensemble des manifestations contemporaines des principes fondamentaux, l'utilisation de tels principes par le juge judiciaire ne pouvant être seulement analysée comme un emprunt d'un instrument juridique appartenant exclusivement au droit constitutionnel. La recherche n'a pu se passer des analyses de droit privé comme de droit public. La collaboration, sur ce projet de recherche, de membres du CERCRID, et de

membres du CERAPSE a permis de surmonter la *summa divisio* et d'intégrer des chercheurs spécialisés dans différentes matières.

Le droit international, qu'il soit public ou privé, et le droit européen ayant également recours à des principes fondamentaux, ont également fait l'objet d'investigations.

Les champs d'investigation déterminés, l'objet principal de l'étude (les principes fondamentaux) devait, au moins provisoirement, être précisé. Le choix fut de refuser d'adopter une définition doctrinale *a priori* et d'approcher le phénomène en se fondant sur le langage du droit³⁸, plus précisément sur le langage des juridictions elles-mêmes, afin de tenter de rendre compte du phénomène en se préservant des constructions théoriques ou doctrinales. Cette démarche a conduit à l'examen des décisions de juridictions nationales (Conseil constitutionnel³⁹, Conseil d'État et Cour de cassation) ainsi que de juridictions supranationales (Cour de justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme, Cour internationale de Justice).

L'utilisation d'un outil informatique s'est imposée dans la mesure où lui seul permet d'une part l'exhaustivité (la recherche peut porter sur toutes les décisions rendues et non pas sur les seules décisions publiées) et d'autre part l'identification des décisions utilisant une expression donnée.

Parmi les bases de données juridiques proposées, la base Lamyline a été retenue car elle autorise, en effet, l'accès à l'ensemble des décisions rendues par les juridictions qui font l'objet de la recherche et permet également une interrogation en ligne de ces décisions. L'interrogation « full text » ou en texte intégral conduit à isoler toutes les décisions utilisant l'expression recherchée. Une limite de la base est cependant apparue. Les bases de données de Lamyline ne comprennent pas les décisions de la Cour internationale de Justice, dont il était par ailleurs impératif d'assurer le traitement. La sélection des décisions de cette juridiction a donc été réalisée par d'autres moyens. Certes, le site internet de cette juridiction autorise une interrogation en ligne par mots clefs et le serveur propose l'ensemble des décisions rendues

³⁸ Voir notamment Z. Ziembinski « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », Archives de philosophie du droit. 1974. *Le langage du droit*. p.25 et 26

³⁹ Le débat sans fin se nouant autour de la question de savoir si le Conseil constitutionnel, assurément « suprême », peut ou ne peut pas être qualifié de « juridiction », n'a pas lieu d'être dans ce travail. Tout d'abord, la question, réservée aux spécialistes de la matière, déborde largement le cadre de cette recherche. Ensuite, l'accord semble aujourd'hui se dégager largement autour de l'admission de sa nature de juridiction. Enfin, au-delà de cette controverse, une saine compréhension de la jurisprudence des autres juridictions suprêmes ne saurait se dispenser de la connaissance des décisions du Conseil constitutionnel, lieu privilégié du contrôle des normes « fondamentales » et dont les décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

par cette juridiction mais le moteur de recherche s'étant révélé très insatisfaisant, l'identification a dû reposer en partie sur la lecture des décisions.

Une précision doit être apportée concernant le terme de « décision ». Les décisions de certaines des juridictions étudiées, notamment de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme, s'accompagnent de la publication de documents tels les conclusions des avocats généraux ou encore les opinions dissidentes, qui font corps avec la décision⁴⁰. Après réflexion, ces « annexes » des décisions ont été exclues de nos investigations, d'une part car la publication exhaustive de ces « annexes » aux décisions ne concerne que quelques juridictions, leur analyse exclurait donc une approche harmonisée des différentes juridictions, d'autre part car l'objectif poursuivi par cette recherche est d'élucider le phénomène du recours aux principes fondamentaux du droit par les juridictions *produisant de la jurisprudence*⁴¹. Dès lors, seul le produit de l'activité juridictionnelle nous intéressait.

Les interrogations ont été construites de façon à permettre le repérage de décisions utilisant les expressions au pluriel et au singulier, que les termes soient accolés ou non. Par exemple, afin de tenir compte de ces différents éléments, et après quelques essais, l'interrogation suivante a été définie pour isoler les décisions utilisant l'expression « principe fondamental » ou « principes fondamentaux » : principe* s/5 fundamenta*. Dans cette dernière hypothèse, certaines décisions sélectionnées n'entrent pas dans le champ de notre recherche, mais elles sont très minoritaires et ne justifient pas d'une interrogation plus restrictive.

Quant à la période d'observation, il a été décidé d'exploiter les décisions sur l'ensemble de la période couverte par la base exploitée, quoique pour les juridictions les plus anciennes telles le Conseil d'État ou la Cour de cassation, la restitution ne soit pas intégrale puisque la base Conseil d'État de Lamyline remonte à 1964 et la base Cour de cassation (hors chambre criminelle) à 1959. Cette solution a été retenue car elle permet, le cas échéant, de retracer l'évolution de l'utilisation de l'expression « principe fondamental » pour chaque juridiction étudiée. Les périodes de référence sont donc les suivantes :

- Conseil constitutionnel : depuis 1958

⁴⁰ La question du traitement de ces « annexes » s'est posée avec une acuité d'autant plus grande que, pour certaines juridictions telles la Cour de justice des Communautés européennes, l'interrogation réalisée sur les décisions complétées par des « annexes » donnait un résultat numérique très supérieur au résultat obtenu suite à une interrogation portant sur la seule partie juridictionnelle de la décision (pour la Cour de justice des Communautés européennes, la première interrogation débouche sur 1223 décisions et la seconde sur 451 décisions).

⁴¹ C'est la raison pour laquelle il a été décidé d'inclure les avis rendus par les juridictions suprêmes, en raison de leur rôle dans la production de jurisprudence.

- Conseil d'État : depuis 1964
- Cour de cassation (hors chambre criminelle) : depuis 1959
- Cour de cassation, chambre criminelle : depuis 1970
- Cour européenne des Droits de l'Homme : depuis 1960
- Cour de justice des Communautés européennes : depuis 1954.
- Tribunal des conflits : depuis 1964
- Cour internationale de Justice : depuis 1945

Il a enfin été décidé que la recherche inclurait les décisions rendues jusqu'à la fin de l'année 2002.

1. 3. 2 - Les étapes de la recherche

La recherche s'est déroulée en quatre étapes.

1^{ère} étape : l'analyse des décisions des juridictions suprêmes utilisant les termes de « principe(s) fondamental(aux) ».

L'objectif de la première étape de la recherche était de recenser toutes les décisions des juridictions suprêmes utilisant l'expression « principe fondamental » ou « principes fondamentaux », les deux termes devant impérativement figurer dans les décisions. Un dépouillement systématique des décisions des juridictions suprêmes utilisant l'expression a été opéré.

La méthode de recherche des décisions nous a permis d'identifier un total de 2493 décisions. Néanmoins toutes les décisions n'ont pas été retenues pour l'analyse. Ont été écartées :

- les décisions non pertinentes c'est à dire celles qui ne faisaient pas apparaître l'expression « principes fondamentaux » ou « principe fondamental ». le plus souvent, il s'agissait de décisions dans lesquelles l'adjectif « fondamental » ne se rapportait pas au substantif « principe ». Ainsi pour la Cour de justice des Communautés européennes, ont été écartés les arrêts qui affirment que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour assure le respect ».

- les décisions dans lesquelles l'expression est utilisée par un requérant ou une partie ou encore par une juridiction ayant statué précédemment mais n'est pas reprise par la juridiction suprême.

Ont été analysées 1140 décisions selon la répartition suivante :

- Cour internationale de Justice : 20 décisions
- Cour européenne des droits de l'homme : 109 décisions
- Cour de justice des communautés européennes : 299 décisions
- Conseil constitutionnel : 253 décisions
- Conseil d'Etat : 344 décisions
- Cour de cassation : 115 décisions

Aux fins de procéder à l'analyse des décisions selon une méthode commune, une grille d'analyse a été élaborée aux regards des objectifs de la recherche. Dans cette première phase d'identification du phénomène, il était essentiel de collecter les énoncés des principes fondamentaux, de situer leur origine et surtout de cerner leur fonction dans la décision. La grille d'analyse élaborée⁴² permet ainsi d'identifier précisément la décision et de recueillir la formulation exacte du principe fondamental par la juridiction. Par ailleurs, elle impose aux chercheurs de situer l'origine du principe fondamental (texte, jurisprudence, coutume...) et surtout de cerner la fonction que le principe fondamental joue dans la décision. Il s'est agi là de la question la plus difficile mais afin de ne pas réduire artificiellement les différences entre les juridictions, la question était posée de façon ouverte laissant aux membres de l'étude la latitude de proposer des fonctions.

Les fiches d'analyses comportant des questions ouvertes n'ont évidemment pas fait l'objet d'un traitement automatisé par le biais d'un outil informatique. Elles ont été synthétisées sous forme de tableaux concernant les statistiques et les énoncés et ont servi de support à la réflexion sur les fonctions des principes fondamentaux.

2ème étape : la détermination des fonctions des principes fondamentaux et des supposés équivalents fonctionnels

⁴² Plusieurs grilles ont été élaborées puis testées pour les différentes juridictions. La grille retenue figure en Annexe II.

A partir des différentes fonctions repérées dans les décisions des différentes juridictions, un schéma d'analyse commun des fonctions a été élaboré. Trois fonctions ont été identifiées : la fonction rhétorique, la fonction créatrice et la fonction de prévalence-éviction. Elles ont été testées afin de contrôler qu'elles permettaient de rendre compte de la réalité du raisonnement devant les différentes juridictions.

Les fonctions identifiées, une nouvelle interrogation des bases de données juridiques a été préparée. Un certain nombre d'expressions ont été isolées qui semblaient susceptibles de constituer des équivalents fonctionnels devant les différentes juridictions. Ces expressions ont été choisies sur la base des constatations réalisées dans la 1^{ère} étape de la recherche, des équivalents utilisés par la doctrine et d'une étude sémantique des termes proches. Ont été retenues les locutions : principe essentiel, principe supérieur, principe général, règle fondamentale ainsi que le terme principe.

3ème étape : l'identification des équivalents fonctionnels par juridiction

Cette étape a eu pour but d'identifier le vocabulaire effectivement utilisé par chacune des juridictions suprêmes lorsqu'elle souhaite créer du droit ou faire prévaloir une norme. Il s'est donc agi d'interroger à nouveau les bases de données juridiques à partir des possibles équivalents fonctionnels dégagés afin de vérifier pour chaque expression si elle constituait ou non un équivalent fonctionnel pour la juridiction étudiée. Néanmoins, les tests réalisés devaient être de nature qualitative (et non exhaustive) et dès lors qu'un nombre important d'occurrences est apparu, l'étude a été réalisée par sondage.

Pour compléter cette étude, des interrogations croisées ont été réalisées. Il s'agissait de procéder à des interrogations afin de contrôler si un contenu présenté comme un principe fondamental par la juridiction dans un certain nombre de décisions figurait dans d'autres décisions, comme un principe général, un principe essentiel, une garantie fondamentale ou un simple principe.

4ème étape : l'analyse transversale des résultats

La construction d'une analyse transversale a été réalisée sous deux formes complémentaires :

- une analyse générale des questions terminologiques et de leur sens dans le processus de création et de mise en œuvre du droit ;

- des analyses appliquées à un principe qualifié de fondamental par une (au moins) des juridictions étudiées mais dont le contenu figure dans les décisions d'autres juridictions suprêmes. L'objectif étant de concrétiser les processus de circulation ou de diffusion des principes et les difficultés éventuelles liées aux questions de terminologie.

A l'évidence, à chaque étape, la méthode de recherche et ses développements ont été pensés et construits à partir des résultats obtenus à l'issue de l'étape précédente. La réflexion sur les fonctions de l'expression « principe fondamental », par exemple, a permis de tester d'éventuels équivalents fonctionnels. Ce lien entre résultats obtenus et méthode de recherche explique qu'au cours du rapport, nous avons été parfois contraints, en abordant une nouvelle étape de la recherche, de préciser la méthode suivie avant d'exposer les résultats.

L'approche progressive du phénomène du recours aux principes fondamentaux que nous avons adoptée explique le lien étroit existant entre résultats précédemment obtenus et méthode et impose le plan des développements qui vont suivre. Les résultats seront exposés selon le plan de la démarche de recherche. Ainsi seront en premier lieu développés les résultats de l'approche par l'expression (2. L'approche par l'expression), en second lieu l'analyse des fonctions (3. Les fonctions des principes fondamentaux), en troisième lieu les équivalents fonctionnels (4. Principes fondamentaux et équivalents fonctionnels devant les juridictions suprêmes) et enfin les analyses transversales (5. L'approche transversale de quelques principes fondamentaux).

2 - L'approche par l'expression « principes fondamentaux »

Cette première phase de la recherche, étudie, au titre des principes fondamentaux, les normes qui sont expressément désignées par les juridictions suprêmes comme étant des principes fondamentaux. Il s'agissait donc de vérifier, d'une part, l'existence même de ce processus et, d'autre part, d'en mesurer l'ampleur. Pour se faire, une interrogation des bases de données juridiques a été faite pour chacune des juridictions⁴³ et a permis d'isoler les décisions où les juridictions mobilisaient effectivement l'expression « principe(s) fondamental (aux) ». Cette étape, indispensable pour cerner le phénomène jurisprudentiel sans subir l'influence du discours sur ledit phénomène, permet de conclure que les principes

⁴³ Voir l'exposé méthodologique dans l'introduction (1).

fondamentaux, lorsqu'ils sont ainsi nommés par les juridictions suprêmes, constituent une réalité numérique faible (2.1) et largement dominée par l'hétérogénéité (2.2).

2. 1 – Une réalité numérique faible

Toutes les juridictions suprêmes utilisent l'expression « principes fondamentaux ». L'exploitation des données statistiques nous permet alors de dégager deux observations essentielles quant à la connaissance du champ étudié. En premier lieu, les résultats chiffrés des interrogations montrent clairement que l'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » n'est pas massive (2. 1. 1). En second lieu, l'on observe que cette utilisation est également très dispersée dans le temps et qu'il n'est donc pas possible de parler d'une recrudescence du recours, par les juridictions suprêmes, aux « principes fondamentaux » (2.2.2).

2. 1. 1 – La faible utilisation des principes fondamentaux par les juridictions suprêmes

Au total, toutes juridictions suprêmes confondues, ce sont seulement 1140 décisions qui mobilisent un ou des principes fondamentaux. Ce chiffre reste ridiculement faible si on le rapporte aux dizaines de milliers d'affaires que connaissent ces juridictions sur la période considérée. Ce premier constat mérite cependant d'être décliné et précisé pour chacune des juridictions.

Le constat est particulièrement vérifié devant les juridictions internes, judiciaire et administrative. C'est certainement devant la Cour de cassation que l'utilisation des principes fondamentaux est la plus marginale. Depuis 1959, date du début de l'interrogation pour cette juridiction, on obtient 115 décisions pour lesquelles la Cour de cassation utilise dans ses motifs ou dans un visa les termes « principe(s) fondamental(aux) », alors même que cette juridiction rend de l'ordre de 25 000 arrêts par an. Le constat est similaire devant le Conseil d'Etat. S'il rend aux environs de 10 000 décisions par an, seulement 344 arrêts contiennent notre expression. Plus encore, ces maigres résultats doivent être relativisés par l'existence devant ces juridictions de séries d'arrêts. Il peut en effet arriver qu'un même jour, les

juridictions rendent des arrêts identiques dans des contentieux identiques mais où les parties demeurent distinctes. Ainsi, devant la Cour de cassation, en 1999, 13 décisions, rendues le même jour, reprennent le même principe fondamental selon lequel « en cas de conflit de normes c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application ». Devant le Conseil d'Etat, en 1999, 21 arrêts sur 38 contenant l'expression « principe fondamental » sont relatifs aux établissements thermaux. En 1998, 16 décisions sur 29 traitent de l'application « des principes fondamentaux de la loi de 1984 aux centres de formation d'apprentissage ».

Devant les autres juridictions, l'utilisation des principes fondamentaux est moins marginale tout en représentant une faible part de leur activité contentieuse. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, sur plus de 5700 décisions rendues, seules 299 décisions utilisent ces termes. Pour la Cour européenne des droits de l'homme le rapport est de 3315 décisions pour 109 arrêts. Dans cette série statistique, le Conseil constitutionnel semble faire exception. En effet, 38.1 % de l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, soit 253 décisions sur un total de 665, font référence à des principes fondamentaux. Plus du tiers donc des décisions rendues par le juge constitutionnel emploie notre expression. Mais ce pourcentage relativement élevé est largement le fait de la présence des décisions L qui sont des décisions relatives à la répartition des compétences entre pouvoir réglementaire et pouvoir législatif (article 37 alinéa 2 de la Constitution). Or ces décisions font systématiquement référence aux « principes fondamentaux » de l'article 34 de la Constitution. C'est donc cette référence explicite au texte constitutionnel qui explique cette forte présence de l'expression devant la juridiction constitutionnelle. Si l'on s'en tient aux décisions DC, c'est à dire aux décisions relatives au contrôle de la constitutionnalité des lois, seules 109 décisions DC sont concernées. Mais là encore, l'apparente importance du recours à cette expression par le Conseil constitutionnel ne doit pas être surévaluée. A nouveau, c'est le renvoi alors opéré par le juge au texte même de la Constitution (article 34 et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) qui explique cette fréquence.

2. 1. 2 – L'absence de recrudescence dans le temps des principes fondamentaux

On évoque fréquemment une recrudescence du recours par les juges à des principes fondamentaux. Les juges seraient ainsi enclins à recourir à ce qui se présenterait dès lors comme une nouvelle source de règles. Les principes fondamentaux constitueraient dès lors un

instrument essentiel des ordres juridiques contemporains. Cette assertion est battue en brèche par les résultats de cette recherche. On ne peut parler de recrudescence devant aucune des juridictions suprêmes.

De prime abord, on pourrait effectivement penser que la Cour de cassation, depuis 1996, utilise plus systématiquement des principes fondamentaux. En effet, avant cette période, seules une ou deux décisions par an sont rendues sur le terrain des principes fondamentaux. Après cette date, il faut en compter plus de 10 par an. Toutefois, ces chiffres ne doivent pas conduire à surestimer le phénomène pour deux raisons principales, déjà rencontrées. D'une part, si on corrèle le nombre de décisions utilisant l'expression « principes fondamentaux » au nombre total de décisions rendues par la Cour de cassation, on ne constate pas de véritable recrudescence. Les décisions recourant aux principes fondamentaux sont donc si marginales que leur augmentation certaines années n'est pas significative. D'autre part, la plupart des arrêts concernés sont relatifs à un contentieux particulier pouvant donner lieu à des séries de décisions⁴⁴.

Devant le Conseil d'Etat, la dispersion est manifeste. Ainsi en 1964 et en 1985, 4 décisions entrent dans notre champ d'analyse. Mais en 1969, ce sont 14 décisions, et en 2002 11 décisions qui devront être traitées. De 1996 à 2001, le nombre de décisions avec l'expression « principes fondamentaux » représente environ 0,1% des arrêts rendus par cette juridiction sans que la statistique ne puisse révéler une utilisation accrue de cette expression au fil des ans.

Le même phénomène peut être constaté devant le Conseil Constitutionnel et les pourcentages sont donc fluctuants d'une année sur l'autre. L'observation de l'ensemble du contentieux constitutionnel contenant l'expression « principes fondamentaux », est particulièrement révélatrice de cette irrégularité :

- 1 seule décision pour les 3 années : 1959, 1968, 1974
- 2 décisions pour l'année 1962
- 3 décisions pour les 3 années 1961, 1963, 1981
- 4 décisions pour les 5 années 1971, 1972, 1975, 1986, 1995
- 5 décisions pour les 6 années 1964, 1966, 1979, 1984, 1987, 2001

⁴⁴ Voir *supra* et les exemples donnés en ce qui concerne les séries d'arrêts.

- 6 décisions pour les 11 années 1960, 1969, 1973, 1976, 1978, 1983, 1985, 1993, 1994, 1997, 2002
- 7 décisions pour les 5 années 1967, 1970, 1982, 1992, 1996
- 8 décisions pour les 2 années 1988, 1990
- 9 décisions pour les 4 années 1980, 1998, 1999, 2000
- 10 décisions pour l'année 1989
- 11 décisions pour l'année 1977
- 12 décisions pour l'année 1991

Certaines juridictions font apparaître une augmentation quantitative du nombre de décisions renvoyant à des principes fondamentaux. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, jusqu'en 1985, moins de 10 décisions par an sont concernées, tandis qu'en 1997, ce sont 24 décisions qu'il faut prendre en compte. Un même constat peut être fait pour la Cour européenne des droits de l'homme, où depuis 1998, le nombre de décisions est systématiquement supérieur à 10 et peut atteindre certaines années une vingtaine de décisions. Mais là encore, ces juridictions connaissent une augmentation parallèle de leur activité contentieuse ne permettant pas de confirmer une hypothèse de recrudescence. En ce qui concerne la Cour de justice des Communautés européennes, à partir des années 1970, les pourcentages oscillent sans régularité entre 11,1% en 1974, 1,1 % en 1982 et 1,9% en 1993. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les statistiques des six dernières années conduisent à un constat similaire. Pour 1997, 6,60% des arrêts mentionnent l'expression ; en 1998, 7,54% ; en 1999, 11,66%, en 2000, 2,20% ; en 2001, 1,58% et en 2002, 2,13%. Un recours à l'expression plus fréquent peut être constaté en 1999. Cette augmentation s'explique par une série de 18 arrêts (dont 14 décisions construites de façon identique et mettant en cause la Turquie) dans laquelle la Cour reprend la même référence aux « principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 10 ».

Cette étude infirme donc clairement l'hypothèse d'un recours massif et accru par les juridictions suprêmes à des principes fondamentaux. Sans doute, n'en aurait-il pas été de même si la recherche avait porté sur les « droits fondamentaux »⁴⁵ et ces premières analyses ont donc également pour mérite d'éviter cette confusion sémantique et juridique. Au delà de ce premier enseignement, cette recherche permet également de remettre en cause l'idée

⁴⁵ Voir par exemple, le numéro spécial de l'AJDA, « Les droits fondamentaux », 1998, 20 juillet-20 août.

communément admise d'une diffusion des principes fondamentaux, principes supérieurs qui seraient communs à l'ensemble des juridictions.

2. 2 – L'hétérogénéité des principes fondamentaux

L'analyse des décisions des juridictions suprêmes fait apparaître une extrême hétérogénéité dans l'utilisation des principes fondamentaux. Les énoncés des principes fondamentaux présentent, tout d'abord, peu de points communs entre les juridictions (2.2.1). Par ailleurs, cette hétérogénéité apparaît dans une utilisation différenciée de ces principes par chaque juridiction qui est liée à la nature du contentieux porté devant elles, à leur compétence respective et, parfois, à la formulation des textes qui fondent leurs décisions (2.2.2). Les énoncés peuvent également avoir une texture plus ou moins ouverte, et être formulés en des termes plus ou moins généraux (2.2.3). Enfin, et en revanche, si l'origine des principes fondamentaux présente également une grande variété, l'un des points communs qui ressort de l'analyse est que les juridictions, mais faut-il s'en étonner, appuient très largement la reconnaissance de ces principes fondamentaux sur des textes (2.2.4).

2. 2. 1 – L'absence d'énoncés communs à l'ensemble des juridictions

En premier lieu, on ne peut que constater une extrême diversité des énoncés des principes fondamentaux ce qui contredit très clairement l'hypothèse d'une reconnaissance commune de règles supposées supérieures.

L'inventaire exhaustif des énoncés des principes fondamentaux reconnus par les juridictions relève plutôt d'un inventaire « à la Prévert », puisqu'il faut y inclure, par exemple, « le principe fondamental du respect des frontières héritées de la décolonisation »⁴⁶, « le principe fondamental du système commun de la TVA mis en place par la législation communautaire »⁴⁷, « le principe fondamental de l'indépendance du barreau »⁴⁸, « le principe

⁴⁶ CIJ, arrêt du 11 septembre 1992, Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, El Salvador c. Honduras, CIJ, arrêt du 11 juin 1998, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Cameroun c. Nigeria.

⁴⁷ CJCE, 2 novembre 2003, C-497/01.

⁴⁸ CEDH Arrêt Goddi contre Italie du 9 avril 1984 (§31) ; arrêt Daud contre Portugal du 21 avril 1998 (§40)

fondamental reconnu par les lois de la République de liberté de l'enseignement supérieur »⁴⁹ ...

On ne trouve pas non plus d'énoncés parfaitement identiques et communs à l'ensemble des juridictions. Seuls les principes d'égalité et de procédure sont utilisés par la plupart des juridictions.

Ainsi, c'est évidemment devant la Cour européenne des droits de l'homme que les principes de procédure se voient le plus largement attribués ce qualificatif de fondamental. Une trentaine d'arrêts entrent dans ce champ qui présentent comme fondamental la publicité des débats judiciaires, le contradictoire, l'impartialité du juge ou la présomption d'innocence. Devant la Cour de cassation, le principe fondamental de procédure est l'un des deux principes fondamentaux le plus souvent mobilisés. Il est utilisé par la chambre commerciale dans 32 arrêts depuis 1996, date à laquelle apparaît pour la première fois l'expression. D'autres arrêts isolés qualifient de fondamental certains principes spécifiques de procédure (principe fondamental de la contradiction, principe fondamental de garantie des droits de la défense). 33 arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes concernent des principes fondamentaux de procédure essentiellement au travers des droits de la défense. Devant la Cour Internationale de Justice, quelques principes de procédure - le principe de l'égalité des parties, le principe de l'autorité de la chose jugée, le principe de bonne administration de la justice, selon lequel la compétence de la Cour procède exclusivement du consentement des parties - sont également reconnus. Devant le Conseil constitutionnel, le principe du respect des droits de la défense est qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il en va de même devant le Conseil d'Etat, où les droits de la défense sont qualifiés de principes fondamentaux dans deux arrêts, tandis qu'un arrêt évoque le principe fondamental de publicité des débats judiciaires.

La qualification de fondamental du principe d'égalité connaît, elle aussi, sauf devant le Cour européenne des droits de l'homme, une certaine fortune. Ainsi la Cour internationale de Justice a reconnu le « principe fondamental de l'égalité des parties »⁵⁰ ou encore « le principe fondamental de l'égalité souveraine des Etats »⁵¹. Le principe fondamental d'égalité se

⁴⁹ CC, n° 99-414 DC du 8 juillet 1999 Loi d'orientation agricole

⁵⁰ CIJ, arrêt du 4 déc. 1998, affaire de la compétence en matière de pêcheries, Espagne c. Canada.

⁵¹ CIJ, arrêt du 21 mars 1984, affaire du plateau continental, Jamahiriya arabe, libyenne c. Malte.

décline également de diverses manières devant la Cour de justice des Communautés européennes⁵². On retrouve, par le biais d'un rattachement au principe fondamental du service public, le principe d'égalité dans une décision du Conseil constitutionnel⁵³. Le Conseil d'Etat qualifie de fondamental le « principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques », et évoque également un « principe fondamental de la parité ». Enfin, un arrêt de la Cour de cassation reconnaît le « principe fondamental de l'égalité de traitement » tandis que deux autres évoquent « le principe fondamental de l'égalité de traitement reconnu par l'ordre juridique communautaire ». En revanche, aucune décision de la Cour européenne des droits de l'homme ne fait référence à un quelconque « principe fondamental d'égalité ».

Hors de ces deux champs (procédure et égalité), les principes reconnus par les juridictions ne se recoupent pas. Il serait néanmoins prématuré d'en conclure que la généralité de ces deux principes en ferait les seuls véritables « principes fondamentaux ». Cette convergence même limitée peut en effet s'expliquer. Toutes les juridictions sont susceptibles d'être confrontées à des questions de procédure. Quant au principe d'égalité, il se retrouve également dans des contentieux très divers. Par ailleurs, il faut remarquer qu'au-delà de cette convergence immédiate, ces principes de procédure ou d'égalité vont être déclinés en fonction des logiques propres à chacune des juridictions. Ainsi, les principes de procédure sont au cœur du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme sur les législations des Etats parties, ce qui explique les multiples déclinaisons de ces principes devant cette juridiction. Devant la Cour de justice des Communautés européennes, le principe d'égalité concerne la plupart du temps des questions de libre circulation et d'interdiction de discriminations entre Etats membres ce qui explique également le recours très fréquent à ce principe.

Si l'on excepte ces deux domaines de l'égalité et de la procédure, aucune autre convergence n'est repérable. Il est logique en effet que la nature du contentieux dont chacune des juridictions a à traiter dicte le champ dans lequel les principes fondamentaux vont se déployer. C'est ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît les principes fondamentaux du traité, du marché commun, de l'ordre ou du système

⁵² 34 arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes qualifient ainsi de principe fondamental du droit communautaire, le principe d'égalité. 16 décisions retiennent, avec des formulations différentes, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. De nombreux arrêts reconnaissent également le principe fondamental d'égalité en matière de libre circulation des personnes, des services et des marchandises.

⁵³ CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 loi relative à la liberté de communication où est affirmé le principe fondamental du service public et notamment le principe d'égalité (...).

communautaire, du droit communautaire, de la libre circulation des personnes, des services, des capitaux, des marchandises. La Cour internationale de justice peut, elle, mobiliser des principes fondamentaux comme celui de l'effet utile des frontières, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de l'interdiction de recourir à la force armée....

2. 2. 2 – L'hétérogénéité des énoncés au sein de chaque juridiction

Ce même constat d'hétérogénéité peut être fait si l'on se place maintenant au niveau de chacune des juridictions, même si certaines juridictions apparaissent plus constantes que d'autres.

Les juridictions les plus régulières dans leurs énoncés de principes fondamentaux sont sans conteste le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Dans l'immense majorité des occurrences devant le Conseil d'Etat, les principes fondamentaux découlent d'une référence à l'article 34 de la Constitution⁵⁴. 264 décisions sur 344 évoquent soit, d'une manière générale, « les principes fondamentaux de l'article 34 », soit tel ou tel principe fondamental, déclinant ainsi l'ensemble des alinéas de cet article 34 (ce sont les principes fondamentaux de la sécurité sociale et de la libre administration des collectivités territoriales qui sont le plus souvent évoqués). Le Conseil d'Etat peut également se référer aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il en va ainsi, sur la période considérée en 14 occasions (principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'association, de garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, du respect des droits de la défense, de laïcité, de gratuité de l'école et, enfin, principe selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger quand celle-ci est demandée dans un but politique). Dans 49 décisions les principes fondamentaux devant le Conseil d'Etat, apparaissent par référence à des textes qui eux-mêmes utilisent cette expression, comme par exemple les « principes déontologiques fondamentaux » inscrits dans le Code de la sécurité sociale (art. L.162-2). Une seule décision, du 30 novembre 1979, fait un emploi de l'expression « principes fondamentaux » dégagé de toute référence textuelle en évoquant les

⁵⁴ Ainsi selon l'article 34 de la Constitution (...), la loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense Nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale (...).

« principes fondamentaux de l'obligation d'assurance ». Si l'on met de côté cette unique décision, force est donc de constater que pour le Conseil d'Etat, l'expression « principes fondamentaux » est toujours reprise d'un texte qui l'emploie et qu'il n'y a pas d'utilisation autonome de principes fondamentaux par cette juridiction. La variété des énoncés devant le Conseil d'Etat renvoie donc à la variété des énoncés posés par les textes utiles à son contrôle⁵⁵.

Les énoncés du Conseil constitutionnel s'inscrivent dans une logique très proche de celle du Conseil d'Etat. Les principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution, aussi bien que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, fournissent également le principal support à l'énoncé des principes fondamentaux. Hormis ces cas, l'expression « principe fondamental » est présente dans les décisions lorsque le Conseil constitutionnel contrôle un texte qui, précisément, utilise cette expression. Il en est ainsi par exemple du « principe fondamental de la médecine libérale »⁵⁶. Le Conseil constitutionnel peut également reprendre les termes d'une saisine qui utilise l'expression de principe fondamental comme il en va par exemple du « principe fondamental du droit des contrats »⁵⁷. Deux décisions seulement font apparaître un principe qualifié de fondamental par le Conseil constitutionnel, alors même que ni la norme de référence, ni le texte contrôlé, ni la saisine n'opéraient cette qualification. Il s'agit du « principe fondamental d'équilibre budgétaire »⁵⁸. Le Conseil constitutionnel, dans ces deux décisions, précise que l'article 40 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances⁵⁹ ne fait que tirer les conséquences, au plan de la procédure législative, du « principe fondamental d'équilibre budgétaire ». Certes la notion d'équilibre budgétaire est bien présente à l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1959 qui énonce que « *les lois de finances déterminent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat, compte tenu d'un équilibre économique et financier qu'elles définissent* »⁶⁰. Mais c'est bien le Conseil constitutionnel lui-même qui va qualifier de fondamental le principe d'équilibre dont il est question. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ces décisions sont très atypiques comme l'était, d'ailleurs, le statut

⁵⁵ Pour plus de précisions, Cf. annexe VII.

⁵⁶ CC, n°98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999.

⁵⁷ CC, n°99-419 DC, Loi relative au PACS.

⁵⁸ CC, n° 79-110 DC du 24 décembre 1970, Loi de finances pour 1980 – « Vote du budget I », CC, n°92-309 DC du 9 juin 1992, Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat.

⁵⁹ Cet article énonce que « *la seconde partie de la loi de finances de l'année ne peut être mise en discussion devant une assemblée avant le vote de la première partie* ».

⁶⁰ On remarquera par ailleurs que dans cette Ordonnance la question de l'équilibre apparaît de nombreuses autres fois à l'occasion de diverses dispositions.

de cette ordonnance portant loi organique de 1959. Il est alors permis d'imaginer que cette qualification permet au Conseil constitutionnel d'asseoir la valeur supra-législative de cette règle d'équilibre budgétaire.

Les autres juridictions sont moins régulières dans leurs énoncés. En ce qui concerne la Cour internationale de justice, presque chaque décision utilise un énoncé propre⁶¹. Mais il est vrai qu'elle rend un faible nombre de décisions par comparaison aux autres juridictions étudiées et que les litiges qu'elle connaît sont rarement similaires ce qui peut expliquer qu'elle soit peu souvent amenée à réitérer un principe fondamental. Devant la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation on peut constater que deux énoncés reviennent très fréquemment dans la bouche de ces juges ce qui ne les empêchent pas de consacrer d'autres principes fondamentaux dont les énoncés apparaissent alors beaucoup plus isolés. C'est ainsi que dans 46 décisions, sur un total de 109, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle « les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence » et, dans 26 décisions, la Cour consacre le « principe fondamental de la prééminence du droit ». Pour le reste, les énoncés sont variés même s'ils renvoient la plupart du temps, pour les décliner, aux principes fondamentaux de l'article 6 de la Convention. Cette diversité semble d'ailleurs se réduire. Dans les premières années, les hypothèses dans lesquelles la Cour européenne utilisait l'expression « principe fondamental » étaient plus diversifiées. Au fil des années, les termes en question apparaissent dans des contextes souvent identiques. L'utilisation de ces termes semble ainsi s'être cristallisée au travers de formules qui deviennent standards.

Devant la Cour de cassation, deux énoncés constituent la grande majorité des principes fondamentaux rencontrés : il s'agit du principe dit de faveur (54 arrêts) et du principe fondamental de procédure (32 arrêts). De manière plus isolée, la Cour de cassation a fait référence aux « principes fondamentaux de la profession d'avocat », au principe fondamental selon lequel « il ne peut exister de droits sans sujets de droits », au principe fondamental de « libre exercice d'une activité professionnelle », au principe fondamental selon lequel « la cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie »⁶².

⁶¹ Cf. annexe III.

⁶² Cf. annexe VIII.

C'est devant la Cour de justice des Communautés européennes que l'hétérogénéité est la plus manifeste⁶³. Cette juridiction a le plus largement recours à cette expression et c'est donc devant elle que l'on va trouver le plus grand nombre de principes fondamentaux. Beaucoup de décisions concernent la libre circulation des marchandises, des personnes, des services ainsi que la liberté d'établissement. Le principe d'égalité, les droits de la défense, les principes fondamentaux du traité, le principe de sécurité juridique, de confiance légitime constituent les autres principes les plus utilisés par la Cour de justice des Communautés européennes. Elle peut parfois utiliser des formules standards. Ainsi, 23 décisions font référence « à la libre prestation de services en tant que principe fondamental du traité », 7 décisions évoquent « le principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée législative », 22 décisions reconnaissent « le principe fondamental de la libre circulation des marchandises ». Mais le plus souvent les formulations restent disparates et varient au fil des décisions. Ainsi concernant la libre circulation des personnes, la Cour de justice des Communautés européennes parlera tantôt de « principe fondamental de la libre circulation des personnes ou des travailleurs » ou indiquera que « la libre circulation des travailleurs constitue un des principes fondamentaux de la communauté » ou encore, que « les dispositions du traité qui mettent en œuvre un principe fondamental ». Par ailleurs, un même principe peut recevoir différentes qualifications, parfois dans une même décision. Ainsi un même principe peut être rattaché à une famille de règles (« la libre circulation des marchandises fait partie des principes fondamentaux du droit communautaire »), mais il peut être qualifié lui-même de fondamental (« le principe fondamental de la libre circulation des marchandises ») ; il peut également recevoir une autre qualification, notamment celle de principe général. L'exemple le plus topique de ces variations est celui du principe d'égalité. Celui-ci est le plus souvent qualifié de principe général, mais il peut être qualifié de fondamental comme nous l'avons vu, ou de simple principe. Enfin, on ne peut qu'être frappé par le très grand nombre de principes reconnus de manière isolée : comme le « principe fondamental de la reconnaissance réciproque des contrôles », ou le « principe de préférence en faveur des viandes de production communautaire », ou encore « le principe fondamental de la solidarité entre les différentes entreprises »...

⁶³ Cf. annexe IV.

2. 2. 3 – La diversité des textures des énoncés.

Au-delà de la diversité des énoncés pour les juridictions, leur texture est souvent ouverte, comme le principe de prééminence du droit déclamé par la Cour européenne des droits de l'homme, les principes fondamentaux du Traité reconnus par la Cour de justice des Communautés européennes ou encore les principes fondamentaux de procédure admis par l'ensemble des juridictions. Ces énoncés renvoient ainsi à des formulations générales. Deux cas de figure se présentent alors. Les juridictions peuvent tout d'abord se contenter d'évoquer un principe sans plus de précision. Il peut ainsi arriver à la Cour de justice des Communautés européennes de se référer aux principes fondamentaux du Traité, sans indication complémentaire, et sans que l'on puisse toujours déterminer quels principes sont véritablement en cause. C'est également le cas devant la Cour de cassation avec les principes fondamentaux de procédure. Si 32 arrêts font référence à ces principes, la Cour de cassation en précise rarement le contenu. Trois raisons peuvent être avancées. Tout d'abord, il en est ainsi parce que le moyen tendant à l'ouverture du recours est rarement accueilli par la Cour de cassation (notamment parce que le requérant n'a à aucun moment invoqué la violation d'un principe fondamental de procédure). Ensuite, une autre explication réside dans le fait que la Cour de cassation accole à la violation d'un principe fondamental de procédure, la commission d'un excès de pouvoir, toutes deux entraînant l'ouverture d'un recours exceptionnel. Dans bon nombre d'arrêts, il est ainsi question d'un excès de pouvoir et non de la violation d'un principe fondamental de procédure. Enfin, la dernière raison est que, la règle ayant été rappelée par la Cour de cassation, la question posée peut porter sur les modalités du recours ainsi ouvert (ex : effet dispositif de l'appel, délai du recours, etc.⁶⁴) ; le contenu du principe n'étant pas l'enjeu, il n'est pas mentionné dans la décision. On peut cependant déduire des arrêts de la Cour de cassation que font partie des principes fondamentaux de procédure la motivation des décisions de justice⁶⁵, ainsi que le principe du contradictoire⁶⁶. Dans deux arrêts – non publiés cependant - la Cour de cassation a même identifié deux règles elles-mêmes qualifiées de fondamentales : le principe fondamental de la contradiction⁶⁷, le principe fondamental de garantie des droits de la défense⁶⁸. Toujours dans ces principes auxquels la Cour de cassation ne donne aucun contenu précis, on peut aussi citer les principes

⁶⁴ Voir par exemple, Cass. com., 17 juil. 2001, pourvoi n° 98-15963.

⁶⁵ Cass. com. 15 mai 2001, pourvoi n° 99-11609.

⁶⁶ Cass. com. 15 mai 2001, pourvoi n° 98-15106.

⁶⁷ Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-19.732, arrêt non publié.

⁶⁸ Cass. com., 31 mai 1994, pourvoi n° 92-11.980, arrêt non publié.

fondamentaux de la profession d'avocats. Le constat n'a d'ailleurs rien de surprenant dans la mesure où le principe n'a été rencontré que dans un seul arrêt⁶⁹.

Dans la plupart des hypothèses toutefois, la malléabilité des textures des énoncés permettra aux juges d'en déduire des règles plus précises qui n'épuisent pas le contenu de ces principes fondamentaux. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que faisaient partie des principes fondamentaux de l'article 6 de la Convention, « la publicité des débats judiciaires », « la garantie d'un procès équitable », « le principe du contradictoire », « le droit à un tribunal ». L'affirmation d'un « principe fondamental de libre exercice de l'activité professionnelle » va également permettre à la Cour de cassation de réglementer le régime de la clause de non-concurrence dans le contrat de travail.

Dans ce schéma, les termes sont le plus souvent au pluriel (« les principes fondamentaux du droit communautaire », « les principes fondamentaux de la démocratie », « les principes fondamentaux de l'article 34 », « les principes fondamentaux de procédure ») quoique le singulier puisse être employé alors même qu'aucun contenu précis n'est attaché au principe fondamental ; l'exemple le plus net étant à cet égard le « principe de la prééminence du droit » affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme. L'analyse des décisions a permis de constater que les juridictions identifient souvent, au sein de la famille de règles, plusieurs règles identifiées qui peuvent elles-mêmes recevoir le qualificatif de fondamental. Pour la Cour de justice des Communautés européennes, les principes fondamentaux de la Communauté renvoient à la libre circulation des personnes, des marchandises, au principe de non-discrimination. Et certaines décisions peuvent attribuer la qualification de fondamental à certains des principes présentés comme découlant de principes fondamentaux plus généraux comme il en va par exemple de la libre circulation des personnes qui est un principe fondamental parmi les principes fondamentaux du Traité des communautés européennes.

Enfin, les énoncés peuvent également avoir une texture plus fermée. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le « principe fondamental de la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » et la Cour de justice des Communautés européennes, « le principe fondamental de préférence en faveur des viandes de production communautaire », ou encore « le principe fondamental de l'agrément des

⁶⁹ Cass. 1^{er} civ., 21 janv. 1997, pourvoi n° 95-13036

établissements de crédit, ou « le principe fondamental selon lequel la décision rendue dans l'Etat d'origine ne peut en aucun cas faire l'objet d'une révision au fond par les juridictions de l'Etat requis ».

Ces différents énoncés, et notamment ceux à texture ouverte, révèlent très clairement le pouvoir créateur du juge⁷⁰, et ce d'autant que la qualification de « fondamental » est rarement sollicitée par les parties aux litiges⁷¹. Et pourtant, la plupart des principes fondamentaux sont rattachés par les juridictions suprêmes à des sources textuelles.

2. 2. 4 - Les origines des principes fondamentaux

Le recouplement des investigations réalisées sur les textes et sur les décisions fait clairement apparaître que l'expression n'est pas réservée à des normes de création jurisprudentielle. La plupart du temps, les principes fondamentaux trouvent leurs origines dans un texte, qui peut ou non inclure l'adjectif « fondamental ».

En de rares occasions, ces textes peuvent être communs à plusieurs juridictions. La Constitution de 1958 en est le meilleur exemple. Son article 34 et ses principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont mobilisés tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'Etat. De manière assez surprenante, c'est le seul exemple significatif de textes communs qui servent de support à l'énoncé de principes fondamentaux⁷². On aurait pu penser que la Constitution, ou encore la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puissent également constituer une source d'énoncés pour la Cour de cassation ; ou encore que la Convention européenne des droits de l'homme soit utilisée par les juridictions nationales voire par la Cour de justice des Communautés européennes aux fins d'énoncer des principes fondamentaux. Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'y ait pas d'influences des textes conventionnels ou constitutionnels sur les différentes juridictions. Simplement, notre analyse montre que les textes servant de support à

⁷⁰ Voir infra, partie 3 sur les fonctions.

⁷¹ Il faut ici rappeler que les nombreuses décisions où les principes fondamentaux étaient invoqués par les parties au litige, mais non repris par les juridictions ont été écartées de l'analyse. L'étude des décisions montre que lorsque les juridictions suprêmes retiennent cette qualification, c'est rarement à l'instigation des parties.

⁷² En de rares occasions, la Cour de cassation se réfère néanmoins à l'article 34 de la Constitution. Ainsi dans un arrêt de 2001, pour écarter l'application d'un Traité ratifié par un acte du pouvoir exécutif, la Cour relève que le traité touchant aux « principes fondamentaux du régime de la propriété... » il devait, par application de l'article 53 de la Constitution, être ratifié par le Parlement.

l'expression de principes fondamentaux ne sont pas communs aux différentes juridictions. En effet, comme on pouvait s'y attendre, les juridictions ont leurs propres normes de référence.

L'expression peut être reprise de textes utilisant le qualificatif de fondamental. Le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, plus rarement la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes fondent leur raisonnement sur une règle présentée comme un principe fondamental par un texte. Si l'on combine les résultats des analyses des textes et des décisions, on peut toutefois constater une utilisation assez peu fréquente, par les juridictions, à l'exception du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, des textes faisant explicitement référence à des principes fondamentaux. Deux facteurs peuvent expliquer ce résultat. Le premier facteur vient de ce que la référence à des principes fondamentaux, dans un texte, se situe souvent dans un préambule, un article préliminaire ou un article ou chapitre introductif lequel fixe, au demeurant, plutôt les objectifs de la législation ou de la convention qui suit. Le second facteur tient, sans doute, au fait que certains textes sont peu invoqués. Il n'en demeure pas moins qu'une juridiction comme le Conseil d'Etat, à une exception près, ne recourt pas à des principes fondamentaux sans support textuel exprès.⁷³

La plupart du temps néanmoins, c'est la juridiction qui va qualifier le principe inscrit dans des textes de fondamental. Les textes qui seront ainsi qualifiés peuvent eux-mêmes avoir une texture ouverte. Mais parfois, il pourra s'agir de textes plus techniques, et leur qualification de fondamental participera alors à un processus d'abstraction et de généralisation.

Qu'il s'agisse du principe de prééminence du droit qui est inscrit dans le préambule de la Convention européenne, ou de son article 6, la Cour européenne des droits de l'homme se repose le plus souvent sur le texte même de la Convention. Dans la majorité des cas, les règles qualifiées de fondamentales par la Cour de justice des Communautés européennes ont une origine textuelle dans le Traité lui-même ou dans le droit dérivé. Tous les principes de libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux, des services, inscrits dans le corps même du Traité des communautés européennes, vont ainsi recevoir le qualificatif de fondamental. Le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes est également

⁷³ CE, 6 et 2 SSR, n° 15 935 et 17 366, Recueil Lebon.

qualifié de fondamental, alors même que c'est une simple directive qui l'institue. Devant la Cour de cassation, le principe de faveur est clairement relié dans certains arrêts à l'article L 132-4 du Code du travail⁷⁴. Comme nous l'avons vu, ce même mécanisme est à l'œuvre dans deux décisions isolées du Conseil constitutionnel relatives au « principe fondamental d'équilibre budgétaire ». La Cour internationale de justice peut qualifier de principes fondamentaux certaines dispositions d'un traité international ou des règles coutumières de droit international. Ainsi sont issus de la Charte des Nations Unies, les principes de règlement pacifique des différends ou d'interdiction de recourir à la force armée ; le principe de l'autorité de la chose jugée résulte, quant à lui, du statut de la Cour internationale de justice. Le principe fondamental de l'assistance consulaire ou le principe fondamental de non recours à la force armée sont en revanche d'origine coutumière.

Notre étude met en lumière une autre hypothèse qui doit être évoquée même si elle reste circonscrite au seul Conseil d'Etat. Il s'agit du cas dans lequel c'est la jurisprudence d'une autre juridiction qui est à l'origine de l'énoncé du principe fondamental. Ainsi, dans deux arrêts, le Conseil d'Etat à propos de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », s'appuie explicitement sur les principes dégagés à ce titre par le Conseil constitutionnel. Encore faut-il préciser que, le plus souvent, le Conseil d'Etat ne passe pas par cette référence, préférant indiquer que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République se déduisent des préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et du 4 octobre 1958 (5 arrêts) ou de la loi du 1er juillet 1901 (un arrêt relatif à la liberté d'association) ou s'abstenant même, dans bon nombre d'occurrences, de préciser l'origine du principe fondamental reconnu par les lois de la République (8 arrêts)⁷⁵.

De façon très rare, les principes fondamentaux sont évoqués par les juridictions sans qu'on puisse les rattacher à une source textuelle ou coutumière identifiée. Ils apparaissent alors comme une véritable création jurisprudentielle. La Cour de cassation emprunte fréquemment cette voie. Ainsi, elle peut faire apparaître dans ses visas mêmes, des principes fondamentaux comme le principe fondamental dit de faveur ou le « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle ». Le visa institue le principe comme une véritable règle de droit autonome. Il peut également arriver devant la Cour de justice des Communautés européennes que le principe fondamental n'ait pas une origine textuelle

⁷⁴ Cf. infra partie 5.

⁷⁵ Cf. annexe VII.

(« principe démocratique fondamental », « principe de confiance légitime », « principe de sécurité juridique », « principe de procédure »). Le principe apparaît alors *sui generis*. Dans ces hypothèses, la Cour de justice des Communautés européennes utilise souvent une technique que l'on peut retrouver devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier arrêt qui utilise l'expression de « principe fondamental » fait référence à un arrêt antérieur qui lui ne qualifiait pas le principe de fondamental⁷⁶.

Enfin la référence aux « principes fondamentaux » peut avoir pour finalité de renvoyer à la jurisprudence de la juridiction. La Cour européenne des droits de l'homme utilise fréquemment ce processus puisque près de la moitié des décisions retenues utilise la formule standardisée suivante : « la Cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence ». Cela n'exclut pas un fondement textuel dans la mesure où cette jurisprudence est relative à divers articles de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois dans ces arrêts, l'expression introduit le raisonnement théorique de la cour. Le raisonnement, construit sur des fondements textuels mais tels qu'éclairés par la jurisprudence développée dans de précédents arrêts, sera ensuite utilisé pour résoudre le litige. Ainsi dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 novembre 1991, la Cour présente t-elle sa jurisprudence de la manière suivante :

« La controverse se concentre sur le point de savoir si l'immixtion incriminée pouvait passer pour « nécessaire » dans une société démocratique. En la matière, les arrêts de la Cour relatifs à l'article 10 énoncent les principes fondamentaux suivants :

a) La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique

b) Ces principes revêtent une importance particulière pour la presse :

c) L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ».

d) La Cour a pour tâche (...) de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. »

La diversité des contentieux soumis aux juridictions étudiées et la différence des corpus des règles applicables conduisent ainsi à la consécration de principes fondamentaux fort distincts. Mais l'analyse des énoncés montrent également des points de convergences. Ainsi, la texture des énoncés est souvent ouverte et va permettre aux juridictions de décliner à partir

⁷⁶ Voir 3. L'approche des principes fondamentaux par les fonctions (et plus particulièrement 3. 2. 1 – la fonction rhétorique).

de ces principes reconnus comme fondamentaux, des « sous-principes » au contenu *a priori* indéterminé. La convergence apparaît également dans les sources de ces principes fondamentaux. Certes ces sources sont loin d'être uniques. Mais une convergence peut être identifiée dans le recours que font les juridictions à des sources textuelles pour asseoir les principes fondamentaux qu'elles vont reconnaître. Ces convergences sont révélatrices d'une convergence plus importante encore : l'existence de fonctions communes qui peuvent être identifiées. En d'autres termes, même si le contenu de ces principes est extrêmement varié, la qualification par les juridictions d'une règle de « principe fondamental » leur permet d'exprimer leur pouvoir créateur.

3 - L'approche des principes fondamentaux par les fonctions

Le repérage systématique de l'utilisation des principes fondamentaux par les juridictions suprêmes a montré l'extrême diversité de ces principes. Il était pourtant permis de penser que cette première interrogation ferait émerger un certain nombre de principes communs à l'ensemble des juridictions manifestant ainsi qu'ils méritaient le qualificatif de « fondamental ». L'extrême variété des énoncés dément clairement cette hypothèse.

L'hétérogénéité des origines et des contenus des principes fondamentaux ainsi que du vocabulaire des juridictions renforce la nécessité de comprendre les fonctions dont est investie l'expression dans le raisonnement des juridictions pour mieux cerner l'éventuelle notion. En effet, le recours à cette expression par le juge n'est, dans la très grande majorité des cas, pas innocent. La plupart de ces décisions font apparaître un élément commun qui n'est pas dans le contenu de ces principes ou dans une valeur hiérarchique qui leur serait attribuée par les juridictions, mais dans l'utilisation qui en est faite par le juge. Dans un très grand nombre d'occurrences, les « principes » qualifiés de « fondamentaux » par les juges suprêmes peuvent être caractérisés par des fonctions communes. L'analyse de ces fonctions nous permettra donc de prendre l'exacte mesure du sens du recours aux « principes fondamentaux » par les juridictions, au-delà des spécificités de chaque juridiction suprême (3.1). Mais auparavant, il convient d'explicitier la méthode retenue pour identifier ces fonctions communes aux principes fondamentaux (3.2).

3. 1 - L'identification des fonctions communes aux « principes fondamentaux »

L'analyse en termes de fonctions communes des « principes fondamentaux » n'a d'intérêt que dans les hypothèses où les juges suprêmes qualifient eux-mêmes un certain nombre de règles de « principes fondamentaux ». Il convient donc d'isoler les décisions où la présence de cette expression ne provient pas d'un véritable choix des juges mais découle de textes qui eux-mêmes utilisent cette expression (3.1.1). Le corpus de décisions ainsi délimité, il faut encore justifier et préciser le recours à cette méthode d'analyse en termes de fonctions communes dont nous verrons qu'elle permet de caractériser l'emploi de l'expression « principes fondamentaux » par les juridictions (3.1.2).

3. 1. 1 - La mise à l'écart des décisions où les « principes fondamentaux » apparaissent par citation de textes qui utilisent cette expression

Dans un certain nombre de décisions, l'expression « principes fondamentaux » est suscitée par un texte. Par exemple, il en est ainsi lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 janvier 2002, affirme que « *le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire* »⁷⁷. Elle ne fait ici que reprendre l'article L.1110-8 (ancien article L.710-1) du Code de la santé publique qui utilise lui-même le terme « fondamental ». De la même manière, le Conseil d'Etat cite le « *principe déontologique fondamental du libre choix du médecin par le patient* », repris de l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale⁷⁸. Dans ces hypothèses, la qualification de la règle comme « principe fondamental » résulte d'un choix du rédacteur du texte. Cela ne nous donne aucune information certaine quant à la fonction que le juge entend faire jouer au « principe fondamental ».

Sur ce schéma là, il convient de noter que la Constitution française de 1958 qui utilise l'expression « principes fondamentaux » se trouve à l'origine d'un nombre important de références dans les décisions des juridictions nationales. Pour ne citer qu'un exemple, il en est ainsi lorsque la Cour de cassation, dans un arrêt de 2001, pour écarter l'application d'un traité ratifié par un acte du pouvoir exécutif, relève que, le traité touchant aux « principes fondamentaux du régime de la propriété... », devait par application de l'article 53 de la Constitution, être ratifié par le Parlement⁷⁹. Il est tout à fait net que la Cour de cassation ne formule pas elle-même un « principe fondamental » mais se borne à faire application d'un texte qui se réfère explicitement à cette expression, en l'occurrence l'article 34 de la Constitution de 1958. Ici la référence au « principe fondamental » n'a d'autre fonction que celle que lui donne la disposition textuelle appliquée elle-même.

Le cas des juridictions administrative et constitutionnelle est à cet égard remarquable. En effet, pour ces juridictions, l'expression de « principes fondamentaux » relève, dans la très

⁷⁷ Cass. soc., 31 janv. 2002, pourvoi n° 00-14117, P+B+R.

⁷⁸ CE, 10 nov. 1999, publié au Recueil Lebon. On peut faire remarquer que ce principe du libre choix du médecin se trouvait également dans le code de déontologie médicale, aujourd'hui abrogé, mais sans le qualificatif de fondamental.

⁷⁹ Cass. 1^{er} civ., 29 mai 2001, pourvoi n° 99-16673, P+B+R.

grande majorité des occurrences, d'une simple citation de textes renvoyant à des catégories définies en dehors d'elles.

En premier lieu, pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'Etat, l'expression « principes fondamentaux » apparaît dans la bouche des juges par référence à l'article 34 de la Constitution de 1958⁸⁰. En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, et comme nous l'avons déjà vu⁸¹, la référence au texte même de l'article 34 est le plus souvent très explicite particulièrement lorsque le juge constitutionnel utilise des guillemets avec une formulation du type « *considérant qu'au titre de principes fondamentaux de l'article 34 il y a lieu de ranger le principe suivant lequel (...)* ». Il peut également être plus implicite mais tout aussi net en considérant que les dispositions soumises à son contrôle ne mettent en cause « *aucun des principes fondamentaux (...) placés par la Constitution dans le domaine de la loi* ». Quant au Conseil d'Etat, la référence au texte même de l'article 34 est également claire et expresse : « *Considérant que la détermination des modalités d'exercice de la police de la chasse relève du pouvoir réglementaire, dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi* »⁸² ; « *qu'eu égard à la composition de ladite commission et à ses attributions, les règles de consultation de cette commission, qui ne mettent pas en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété non plus qu'aucune des règles que l'article 34 de la Constitution a placées dans le domaine de la loi, ont un caractère réglementaire* »⁸³

Comme on le sait, l'article 34 de la Constitution distingue entre les matières pour lesquelles « *la loi fixe les règles* » et les matières pour lesquelles elle « *détermine les principes fondamentaux* ». Quoiqu'il en soit des évolutions qu'ait pu connaître cette distinction⁸⁴, les « principes fondamentaux » sont présents dans l'énoncé constitutionnel dans une perspective de répartition des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire. En toute logique,

⁸⁰ Pour le Conseil constitutionnel il en est ainsi pour l'ensemble des décisions L et des décisions FNR, soit 144 décisions. Environ 2/3 des décisions DC sont également concernées, soit plus de 36 décisions. Au total, c'est donc plus de 70% des décisions du Conseil constitutionnel utilisant l'expression « principes fondamentaux » qui renvoient à l'article 34 de la Constitution.

⁸¹ Cf. supra, partie 2.

⁸² CE, 30 juin 2003, n° 236571, cons. 6 et 4.

⁸³ CE, 23 mars 1998, n° 181893, cons. 10 & 7.

⁸⁴ Longtemps en effet l'idée a prévalu qu'il existait des matières pour lesquelles le législateur devait être précis (« le législateur fixe les règles ») et d'autres pour lesquelles il pouvait être plus général (« la loi détermine les principes fondamentaux »). Pour ces dernières, le législateur devait donc se contenter de fixer les principes fondamentaux de la matière tandis que « le détail » pouvait relever du pouvoir réglementaire. Il n'est plus aujourd'hui contesté qu'une telle lecture de l'article 34 est erronée (voir notamment L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, et leurs commentaires sous la décision de 1959 du Conseil constitutionnel (CC, L du 27 novembre 1959, R.A.T.P.). En effet, l'analyse des jurisprudences constitutionnelle et administrative relatives à la compétence du législateur montre que ces juridictions n'opèrent pas une telle distinction. En revanche, elles se livrent à un autre partage : le législateur est compétent chaque fois qu'il est question de mise en cause des principes fondamentaux (et/ou des règles), laissant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de ces principes fondamentaux (et/ou des règles).

les décisions qui emploient cette expression sont des décisions où les juges (administratif ou constitutionnel) apprécient la validité de la compétence de l'auteur d'un acte⁸⁵. Pour ce faire, les juges peuvent être amenés à se prononcer sur le caractère « fondamental » (déterminant) ou pas des dispositions soumises à leur contrôle mais dans l'unique but de dire si l'auteur de l'acte était bien compétent au regard de l'article 34 de la Constitution. Autrement dit, dans ces circonstances, si les juges s'intéressent bien à l'objet de la norme soumise à leur contrôle afin de déterminer qui est compétent pour l'édicter, ils n'emploient pas l'expression de « principes fondamentaux » afin de qualifier la norme elle-même. Ils se contentent alors de préciser le contenu d'une catégorie de principes fondamentaux fixée par un texte.

En second lieu, l'expression « principes fondamentaux » apparaît également dans bon nombre de décisions des juges constitutionnel et administratif, par référence à un autre énoncé du texte constitutionnel : celui de son Préambule et de ses fameux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁸⁶. Comme on le sait également, ces principes sont dégagés par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité⁸⁷ ou de façon plus exceptionnelle par le Conseil d'Etat⁸⁸. Là encore, comme nous l'avons déjà dit⁸⁹, l'utilisation de cette expression est induite par sa présence dans le texte constitutionnel que les juges mobilisent. Ici néanmoins la particularité de ces juridictions s'estompe. En effet, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'ont pas de contenu déterminé *a priori*. L'utilisation de cette expression peut être l'occasion d'une définition du contenu de cette catégorie et ainsi être révélatrice du pouvoir créateur des juges. On retrouve alors, comme nous allons le voir, une des fonctions identifiées pour les autres juridictions.

L'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » devant les juges constitutionnel et administratif renvoie donc le plus souvent au travers de l'article 34 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République à des notions présentes dans un texte et déjà largement identifiées. Ce n'est que très marginalement, dans quatre décisions seulement, que le Conseil constitutionnel fait référence à des principes fondamentaux sans s'appuyer sur l'article 34 ou les principes fondamentaux reconnus par les lois de la

⁸⁵ En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, on remarquera que, bien souvent, l'expression « principes fondamentaux de l'article 34 » est simplement « visée » par le juge et ce alors même que la question de la compétence du législateur ne fait pas problème. Ce « visa » opéré, le juge constitutionnel va contrôler si le législateur respecte ou ne respecte pas le texte constitutionnel.

⁸⁶ Pour le Conseil constitutionnel, il en est ainsi pour plus de 23% des décisions récoltées.

⁸⁷ Voir par exemple CC, DC du 16 juillet 1971 dite « Liberté d'association ».

⁸⁸ Voir CE, 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris ou encore CE, 3 juillet 1996, Moussa Koné.

⁸⁹ Cf. supra, partie 2.

République⁹⁰. Quant au Conseil d'Etat, il n'utilise jamais cette expression en dehors de son renvoi par un texte qu'il a la charge d'appliquer et, dans plus de 80% des décisions, la référence est faite aux principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution. Une telle situation contraste singulièrement avec les autres juridictions où l'emploi de l'expression « principes fondamentaux » est totalement dégagé de ces références. C'est une évidence pour les juridictions internationales qui ne connaissent pas de ces catégories nationales. C'est également largement le cas pour la Cour de cassation dont le rôle ne la met que très rarement en position de connaître de l'application de ces dispositifs⁹¹. Au total donc, la grande majorité des décisions que nous avons récoltées utilisent l'expression « principes fondamentaux » sans que cette utilisation soit dictée par un quelconque texte, clairement identifiable. C'est à elles que nous nous intéresserons pour comprendre les raisons et les enjeux de l'emploi de cette expression par les juridictions.

3. 1. 2 - La méthode d'identification des fonctions communes aux principes fondamentaux.

Confrontés à une absence d'unité dans l'emploi de l'expression « principe fondamental » par les juridictions, tant en ce qui concerne le contenu de ces principes que leur place dans une hiérarchie formelle des normes, nous avons donc tenté de dégager des fonctions communes à l'emploi de cette expression sur l'ensemble des décisions repérées.

Cette méthode d'analyse en terme de « fonctions des principes fondamentaux » est empruntée aux méthodes mises en œuvre dans le cadre de recherches menées en droit comparé. En droit comparé, en effet, une analyse fondée sur une terminologie ou sur des institutions communes est vouée à l'échec d'une part car des dénominations identiques ne renvoient pas nécessairement à des outils, des catégories ou des institutions juridiques identiques et d'autre part car, à l'opposé, des dénominations différentes entre les Etats peuvent renvoyer à des outils, des catégories ou des institutions similaires. La seule démarche pertinente consiste alors à identifier une fonction au sein d'un ordre juridique et de voir comment le système organise le traitement de cette fonction. Ainsi, par exemple, en matière de droit du travail, il n'est pas pertinent de comparer les juridictions spécialisées en la matière : elles peuvent d'ailleurs ne pas exister dans certains pays et n'auront, de toute façon,

⁹⁰ Cf. supra, partie 2.

⁹¹ Cf. infra pour un exemple de référence à l'article 34 de la Constitution.

pas les mêmes compétences. En revanche, il est tout à fait possible de comparer le traitement juridictionnel des litiges du travail⁹².

Dans le cadre de cette étude, une analyse en termes de fonctions communes doit nous permettre de dépasser l'hétérogénéité constatée des principes fondamentaux, pour mieux comprendre ce qui peut amener les juridictions à utiliser cette terminologie. En d'autres termes, cette méthode doit nous permettre de comprendre quel est le rôle joué par cette expression dans le raisonnement juridique des Cours suprêmes. Cette entreprise s'est, toutefois, avérée délicate tant au plan de l'observation empirique que de la conceptualisation de la fonction, compte tenu de la diversité des modes de raisonnement des juridictions et des types de contentieux, nous conduisant à affiner nos hypothèses et à éviter des confusions quant aux sens possibles de la fonction des principes fondamentaux.

Nous avons tout d'abord procédé, par sondage, à l'analyse d'un nombre significatif mais non exhaustif de décisions. Ce premier travail nous a conduit à envisager deux fonctions possibles du recours à l'expression « principes fondamentaux ». Le principe fondamental pouvait être utilisé comme ligne directrice de l'interprétation du juge (en justifiant par exemple d'une interprétation restrictive des exceptions au principe fondamental). Le principe fondamental semblait également pouvoir se présenter comme une norme supérieure et apparaissait alors comme une règle d'éviction permettant aux juges d'écarter l'application d'une règle. Cette hypothèse devait être testée sur l'ensemble des décisions récoltées. Un premier rapport d'analyse a donc été demandé aux chercheurs qui devaient établir les fonctions propres dégagées pour la juridiction dont ils avaient la charge et vérifier si notre première hypothèse était valide. Les rapports ont alors fait apparaître que les deux fonctions initialement proposées ne rendaient pas compte des fonctions réelles des principes fondamentaux dans les décisions des juridictions. La première fonction identifiée semblait beaucoup trop générale pour permettre une analyse pertinente : n'est-il pas toujours possible de percevoir le principe fondamental comme une règle d'interprétation ? Par ailleurs, si l'expression pouvait être utilisée pour désigner la supériorité de la règle, cette fonction était également insuffisamment définie. La référence à une norme supérieure renvoie, en effet, à une hiérarchie des normes qui n'a pas le même sens selon les juridictions étudiées. Les rapports dégageaient également des utilisations qui s'inséraient mal dans les deux fonctions pressenties.

⁹² SCHREGLE J., « Comparative industrial relations : pitfalls and potential », *International Labour Review*, 1981, p. 15.

Cette première étape a également, et peut-être surtout, permis d'éviter un écueil : celui d'une confusion possible entre la fonction de la décision elle-même, ou plus généralement la fonction de la juridiction, et la fonction du principe au sein de la décision, même si ces deux facettes sont parfois difficilement dissociables. Une confusion était également possible entre le contenu du principe lui-même et sa fonction dans la décision.

Ainsi, les décisions préjudicielles de la Cour de justice des Communautés européennes ont bien évidemment pour fonction de donner une interprétation du droit communautaire, c'est l'objet même de cette technique. Pour autant, les principes fondamentaux contenus dans ces décisions n'ont pas uniquement pour fonction d'interpréter une norme. Dans le même esprit, les décisions du Conseil constitutionnel ont forcément pour objet d'apprécier la question de la conformité des textes déférés au texte constitutionnel et l'utilisation d'un « principe fondamental » est difficilement détachable de ce contexte juridictionnel. Mais la fonction de l'expression ne se résumera pas forcément à une fonction de prévalence d'une règle sur une autre. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel évoque les « principes fondamentaux du droit des contrats »⁹³, il le fait pour apprécier la conformité de la loi déferée à ces principes, et ainsi les faire éventuellement prévaloir. Mais telle n'est pas l'unique fonction de cette évocation, elle permet au juge constitutionnel également et peut-être avant tout de créer une norme de référence pour son contrôle.

Une autre difficulté nous est fournie par le « principe de faveur » qui représente l'essentiel des arrêts de la Cour de cassation sur les principes fondamentaux. Par son contenu, ledit principe vise à régler un conflit de normes, en faisant systématiquement prévaloir la plus favorable au salarié, fût-elle inférieure dans la hiérarchie des normes. Il serait donc permis de penser que l'on est ici dans le cadre de la fonction « règle d'éviction » des principes fondamentaux. Mais une analyse plus précise doit conduire à ne pas confondre le contenu du principe posé (qui pourrait d'ailleurs tout aussi bien résulter d'un texte exprès) et la fonction qui résulte du caractère « fondamental » qui lui est attribué. Si on place le débat sur ce terrain, on s'aperçoit que la fonction est moins de faire prévaloir la norme qualifiée de fondamentale, en l'espèce le principe de faveur, que d'étendre le champ d'application d'une norme déjà présente dans le code du travail. Il s'agit donc, à partir de textes épars du Code du travail (et

⁹³ CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité.

notamment de l'article L 132-4 qui fait jouer le principe de faveur dans l'hypothèse d'un conflit entre une convention collective et une loi ou un règlement) de tirer une règle d'application générale susceptible d'être mise en œuvre dans les cas les plus divers.

La confrontation de ces différents résultats a alors permis de dégager et d'analyser trois fonctions pouvant se rattacher à l'emploi de l'expression « principe fondamental » par les juridictions.

3. 2 - L'analyse des trois fonctions identifiées

Trois fonctions ont été dégagées de l'analyse des décisions contenant l'expression « principe fondamental » : une fonction que nous qualifierons de « rhétorique », une fonction « créatrice » et une fonction « d'éviction ». Ces trois fonctions ne sont pas exclusives les unes des autres. Bien au contraire, elles sont très souvent présentes de façon cumulative dans les décisions.

3. 2. 1 - La fonction rhétorique

Il s'agit là certainement de la fonction la plus immédiate. Elle est d'ailleurs inhérente à l'emploi même de cette expression. Dans cette hypothèse, les juridictions ne créent pas de règle. Elles mobilisent une règle textuelle en la qualifiant de « principe fondamental » sans que cette qualification soit indispensable à la résolution du litige en cause. En effet, la règle mobilisée est exactement la règle prévue par le texte sans que la juridiction cherche à écarter la règle textuelle ou à l'interpréter de façon extensive. Les juridictions pourraient, dans ces décisions, tout aussi bien mobiliser la règle textuelle évoquée sans pour autant la qualifier de fondamentale.

On trouve ce processus à l'œuvre devant la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle est notamment amenée à se prononcer dans des affaires mettant en cause les quatre libertés de circulation (liberté de circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes). Dans ces hypothèses, la Cour de justice des Communautés européennes ne crée pas de principe fondamental, elle qualifie simplement certaines règles inscrites dans le Traité de « fondamentales ». Cette qualification ne semble en aucun cas

indispensable à la résolution des litiges car ces règles sont bien inscrites dans les Traités et peuvent être appliquées sans recevoir le qualificatif de principe fondamental. D'ailleurs les formulations retenues par la Cour sont souvent purement déclaratives : « *La libre circulation des marchandises constitue l'un des principes fondamentaux du traité, ce principe est mis en œuvre par les articles 30 et suivants du traité* »⁹⁴ ou encore « *l'article 48 énonce le principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, ..., la Cour a constaté à maintes reprises que cette disposition met en œuvre un principe fondamental consacré par l'article 3 sous c) du traité* »⁹⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme qualifie également certaines règles de « fondamentales » sans que cela paraisse indispensable à son raisonnement, un résultat similaire pouvant être atteint par la simple évocation de la règle. Ainsi, dans l'affaire Lavents c/ Lettonie du 28 novembre 2002, la Cour conclut « *Mme Steinerte suggéra aux accusés de prouver au Tribunal qu'ils n'étaient pas coupables. Vu sa nature générale, une telle indication va à l'encontre du principe même de présomption d'innocence, l'un des principes fondamentaux de l'Etat démocratique* ». Le constat d'une violation de l'article 6 §2 de la convention suffisait ici à justifier la condamnation de la pratique exposée.

De la même façon, dans sa décision n°99-412 DC du 15 juin 1999 « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », le juge constitutionnel après avoir cité *in extenso* l'article 1er de la Constitution, puis réaffirmé la valeur constitutionnelle du principe d'unicité du peuple français, « *dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale* », considère que « *ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* »⁹⁶. L'utilisation de l'expression est ici purement rhétorique car un résultat similaire pouvait être obtenu sans cette qualification dans la mesure où ces dispositions sont très directement issues des articles 1^{er} et 2^{ème} de la Constitution.

Enfin, on retrouve cette même logique à l'œuvre devant la Cour de cassation. Dans deux arrêts, la Cour de cassation fait état d'un « *principe fondamental selon lequel la Cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie* », alors que la solution de l'affaire pouvait s'appuyer directement sur l'article 350 du Code de procédure pénale⁹⁷. On peut faire la même constatation à propos des arrêts relatifs au principe de faveur, qui utilisent l'expression de

⁹⁴ Par exemple, CJCE, 9 décembre 1997, C-265/95.

⁹⁵ Par exemple, CJCE, 15 juin 2000, C-302/98.

⁹⁶ CC, décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

⁹⁷ Cass. crim., 14 juin 1989, pourvoi n° 88-83348, Cass. crim. 12 mai 1970, Bull. crim. n° 158.

« principes fondamentaux » dans des cas explicitement visés par un texte (et notamment par l'article L 132-4), sans même nécessairement viser celui-ci⁹⁸.

Dans chacun de ces exemples, la qualification de principe fondamental ne s'imposait pas. Néanmoins, ce choix du qualificatif de « principe fondamental » n'est pas neutre. Il met en évidence « l'éminence » de la règle ainsi qualifiée et participe de la force persuasive de la décision. Cette force persuasive du recours à l'expression « principes fondamentaux » prend toute son ampleur si l'on raisonne à partir de séries de décisions se référant à une même règle. Le principe fondamental peut alors servir une ligne jurisprudentielle et être utilisé de diverses manières dans l'argumentation de la juridiction. Deux cas de figure peuvent être distingués.

En premier lieu, le « principe fondamental » peut présager d'une utilisation postérieure plus active de la règle ainsi qualifiée. Si, dans l'arrêt Lavents contre Lettonie de la Cour européenne des droits de l'homme précédemment exposé, la présentation de la présomption d'innocence comme « l'un des principes fondamentaux de l'Etat démocratique » n'a pas d'incidence, on peut songer que la juridiction européenne des droits de l'homme pourrait reprendre dans l'avenir une telle assertion pour continuer la construction de la catégorie des « principes démocratiques fondamentaux », catégorie créée par la Cour pour y ranger les garanties constituant le noyau dur de la démocratie.

En second lieu, l'expression principe fondamental intervient pour qualifier une règle qui n'avait pas été ainsi qualifiée dans des arrêts antérieurs. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, assez fréquemment, le premier arrêt où l'on trouve les termes de « principe fondamental » fait référence à un arrêt antérieur qui lui n'utilisait pas cette qualification. La fonction de création initiale de la règle s'est donc faite sans recours à l'expression « principe fondamental » mais cette création sera légitimée *a posteriori* par le recours à l'expression. Le principe de confiance légitime est très significatif de ce procédé. Dans le premier arrêt où ce principe est qualifié de fondamental⁹⁹, la Cour de justice des Communautés européennes indique « *qu'ainsi que la Cour l'a récemment confirmé dans son arrêt du 16 mai 1979, le principe du respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la communauté* ». Or l'arrêt cité¹⁰⁰ ne retenait pas cette qualification et précisait simplement : « *dans le cadre d'une réglementation économique telle que celles des organisations communes des marchés agricoles, le principe du respect de la*

⁹⁸ Cf. 5. 1 – le principe de faveur.

⁹⁹ CJCE, 5 mai 1981, 112/80.

¹⁰⁰ CJCE, 19 mai 1979, 84/78.

confiance légitime interdit aux institutions communautaires..., de modifier cette réglementation sans l'assortir de mesures transitoires si un intérêt public péremptoire ne s'oppose pas à l'adoption de pareille mesure ». Le troisième arrêt cristallisera ensuite la formulation qui restera identique : « *il est de jurisprudence constante que si le principe du respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la communauté, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires* »¹⁰¹.

Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, on peut constater le même phénomène. Le principe de la prééminence du droit est présenté comme un principe fondamental pour la première fois en 1978 dans l'arrêt *Klass*¹⁰². Cependant la lecture de l'arrêt *Golder*, rendu en 1975, enseigne qu'il est déjà, dans cette décision, la clé de la motivation même s'il n'apparaît pas comme un principe fondamental¹⁰³.

Au-delà de ces analyses en terme de technique d'argumentation du juge, il est permis de voir, dans le recours aux « principes fondamentaux », une fonction quasi idéologique : elle permet de mettre en évidence des valeurs, des représentations souhaitables de l'ordre juridique et, au delà, des rapports sociaux¹⁰⁴. L'exemple de la Cour de justice des Communautés européennes est particulièrement révélateur lorsqu'elle qualifie de fondamentales les quatre libertés (libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes) qui fondent l'Union européenne et la Cour Internationale de Justice indique par ce même adjectif la valeur particulière qu'elle attache à certains principes s'agissant particulièrement des principes issus du droit humanitaire et du règlement pacifique des différends. La Cour affirme la valeur fondamentale de ces principes en les fondant sur des justifications de morale sociale, d'ordre public, afin d'expliquer la gravité de leur méconnaissance (par exemple le principe du non recours à la force armée).

¹⁰¹ CJCE, 14 février 1990, C-350/88 ; CJCE, 7 mai 1992, C-258/90 et C-259/90 et CJCE, 14 juillet 1994, C-353/92.

¹⁰² CEDH Arrêt *Klass* et autres du 6 septembre 1978.

¹⁰³ CEDH Arrêt *Golder* du 21 février 1975, §34 et 35.

¹⁰⁴ Jeammaud. A, « Les principes dans le droit français du travail. », *Droit social*, 1982, p. 626.

3. 2. 2 - La fonction créatrice

L'utilisation de l'expression « principe fondamental » est l'instrument par excellence du pouvoir créateur de droit du juge. Cette création peut se faire *ex-nihilo* : la qualification de « principe fondamental » permettra aux juges de créer une norme qui n'était pas jusqu'alors formulée comme telle dans le contentieux considéré. Cette création peut également se faire par extension : la qualification de « principe fondamental » permettant alors au juge d'étendre le champ d'application de la règle ainsi qualifiée.

3. 2. 2. 1 – La création par l'identification d'une norme

Le principe fondamental permet parfois au juge de créer une règle en l'absence de tout rattachement textuel explicite ou, plus fréquemment lui offre, par le biais d'un renvoi à un principe ou à une famille de règles dont le contenu est *a priori* indéterminé, la possibilité d'identifier une norme. L'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » peut d'ailleurs servir à masquer cette création prétorienne.

Cette opération se fait souvent par le recours à des formules très génériques, donnant à penser qu'existe un corps de règles que le juge ne fait qu'appliquer alors qu'il est, en réalité, en train de l'énoncer, de façon plus ou moins précise. En effet, les décisions se présentent comme la simple application de « principes fondamentaux » formulés dans des termes très généraux comme il en va des « principes fondamentaux du traité », du « principe fondamental d'égalité » ou encore du « principe fondamental de sécurité juridique ». Le recours à cette expression dote ces principes d'une valeur particulière. Mais leurs énoncés très généraux les dispensent de tout contenu précis et c'est bien le juge qui énoncera, au cas par cas, les règles positives qui seront appliquées dans les litiges en cause. Quatre exemples illustrent bien le recours à cette technique d'argumentation.

Ainsi la Cour internationale de justice peut recourir à l'expression pour poser une solution qui n'est pas prévue par un texte ou en cas de règle imprécise ou en cours de formation. Dans cette dernière hypothèse, la Cour internationale de justice mettra en évidence un principe qu'elle qualifiera de fondamental pour accélérer la formation d'une règle qui est au moment de sa saisine de la *soft law* tel fut le cas pour le principe de la sauvegarde de

l'environnement¹⁰⁵. Utilisant une autre technique de création, la Cour internationale de justice est parvenue, à partir du principe de souveraineté des Etats, à tirer plusieurs conclusions. Elle a extrait, de ce principe, des conséquences logiques : un Etat ne saurait être engagé sans son consentement¹⁰⁶ ou encore la limitation de souveraineté ne se présume pas¹⁰⁷.

La Cour de justice des Communautés européennes utilise également l'expression comme un instrument créateur. Dans l'arrêt *Francovich*¹⁰⁸, le recours aux principes fondamentaux permet à la Cour de justice des Communautés européennes de poser un véritable régime juridique de la responsabilité de l'Etat. La motivation de la Cour de justice des Communautés européennes est à cet égard particulièrement éclairante : « *Ce problème (de l'existence et de l'étendue d'une responsabilité de l'Etat pour des dommages découlant de la violation des obligations lui incombant en vertu du droit communautaire)- doit être examiné à la lumière du système général du Traité et de ses principes fondamentaux* ». De ces principes fondamentaux est tiré le principe inédit de la responsabilité des Etats : « un Etat membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers d'une non-transposition d'une directive ». Dans l'affaire *Factortame*¹⁰⁹, la Cour précisera ce régime de responsabilité, et sa motivation sera encore plus explicite « *en l'absence dans le traité de dispositions réglant de façon expresse et précise les conséquences des violations du droit communautaire par les Etats membres, il appartient à la Cour dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit (...) de statuer sur une telle question selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire (...)*. Tout est dit dans cette motivation, les principes fondamentaux du traité sont bien à la source de principes spécifiques non prévus par les textes. La Cour de justice des Communautés européennes évoque d'ailleurs expressément ces lacunes. On trouve, par ailleurs, dans ces arrêts des références textuelles¹¹⁰ sur lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes appuie son interprétation, mais ces références sont plutôt des alibis qui ne masquent pas la part créative du raisonnement du juge communautaire. La Cour sera ensuite amenée, dans les arrêts postérieurs, à définir les conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, et elle posera trois conditions : que la

¹⁰⁵ Avis de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

¹⁰⁶ CPJI, arrêt du 17 août 1923, Wimbledon, France c/. Allemagne.

¹⁰⁷ CPJI, arrêt du 7 juin 1932, Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, France c/. Suisse.

¹⁰⁸ CJCE, 19 novembre 1991, C-6/90 et C-9/90.

¹⁰⁹ CJCE, 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93.

¹¹⁰ Notamment à l'article 5 du Traité, selon lequel les Etats membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières pour assurer l'exécution du droit communautaire, et qui implique pour la Cour, d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire.

règle violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité directe entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées. C'est bien un véritable régime de la responsabilité de l'Etat du fait d'une violation de ses obligations communautaires qui est ainsi défini par la Cour de justice des Communautés européennes.

La Cour européenne des droits de l'homme, qui s'était référée en 1961 aux principes fondamentaux de la convention, n'a pas persisté dans cette voie. Face aux lacunes de la Convention, auxquelles la Cour fait parfois allusion¹¹¹, la juridiction européenne des droits de l'homme va consacrer le principe de la prééminence du droit en 1975 dans l'arrêt Golder, principe qualifié de fondamental, pour la première fois, en 1978 dans l'arrêt Klass. De ce principe fondamental de la prééminence du droit¹¹², la Cour déduit, dans l'arrêt Klass, que l'article 6 de la convention contient un droit d'accès au juge¹¹³. La juridiction strasbourgeoise affirmera ensuite que le principe innerve l'ensemble de la Convention¹¹⁴ et interprétera tous les renvois du texte de la Convention à la légalité « *au regard des impératifs du principe fondamental de la prééminence du droit* »¹¹⁵.

La référence au principe fondamental de prééminence du droit va ainsi permettre à la Cour européenne de dégager des exigences présentées comme sous-jacentes aux termes de la Convention. Au nombre de ces exigences, on peut mentionner : le droit d'accès à un tribunal¹¹⁶, l'exigence d'une « loi » qui réponde à des critères qualitatifs¹¹⁷, le contrôle judiciaire des atteintes portées par l'exécutif¹¹⁸, le devoir de l'Etat ou des autorités publiques de se soumettre à un jugement ou à un arrêt¹¹⁹.

¹¹¹ Voir L'arrêt Klass du 1978, §28, dans lequel la Cour admet que le droit d'accès au juge n'est pas proclamé « en termes exprès » par la Convention.

¹¹² La cour européenne des droits de l'homme a trouvé un fondement textuel au principe de la prééminence du droit dans le préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que dans le statut du Conseil de l'Europe (Cf. 2. 2. 4 – Les origines des principes fondamentaux).

¹¹³ De nombreux arrêts suivront : par exemple, CEDH, 25 août 1994, Fayed c/ Royaume-Uni.

¹¹⁴ CEDH Arrêt Brogan du 28 octobre 1988.

¹¹⁵ CEDH Arrêt Kruslin et Huvig contre France du 27 mars 1990. L'exigence conventionnelle de la légalité des mesures étatiques est pour la Cour un moyen d'assurer la prééminence du droit : art. 5§3 dans les affaires Brogan et autres (CEDH, 28 oct. 1988), Altay c/ Turquie (CEDH, 22 août 2001), Gunay et autres c/ Turquie (CEDH, 22 août 2001) ; art. 8§2 dans Klass et autres c/ Allemagne, (CEDH, 4 juillet 1978), Huvig et Kruslin c/ France (CEDH, 27 mars 1990), Lambert c/ France (CEDH, 24 août 1998), Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova (CEDH, 13 déc. 2001) ; art.1 du protocole n° 1 dans Ex-roi de Grèce et autres c/ Grèce (CEDH, 23 nov. 2000), Katsaros c/ Grèce (CEDH, 13 nov. 2003), Zvolisky et Zvoliska c/ République Tchèque (CEDH, 12 nov. 2002).

¹¹⁶ CEDH, 21 fév. 1975, Golder c/ Royaume-Uni ; CEDH, 28 oct. 1998, Osman c/ Royaume-Uni.

¹¹⁷ CEDH, 2 août 1984, Malone c/ Royaume-Uni, CEDH, Kruslin et Huvig c/ France, préc., CEDH, Ex-Roi de Grèce et autres c/ Grèce, préc., CEDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie c/ Moldova, préc., CEDH, Katsaros c/ Grèce, préc.

¹¹⁸ CEDH, Brogan et autres c/ Royaume-Uni, préc., CEDH, 26 mai 1993, Brannigan et Mac Bride c/ Royaume-Uni, 26 mai 1993 ; CEDH, 26 nov. 1997, Sakik et autres c/ Turquie ; CEDH, 11 juill. 2000, Dikme c/ Turquie

¹¹⁹ CEDH, 25 mars 1999, Iatridis c/ Grèce ; CEDH, 14 déc. 1999, Antonakopoulou c/ Grèce ; CEDH, 28 mars 2000, Georgiadis c/ Grèce ; CEDH, 30 mai 2000, Carbonara et Ventura c/ Italie ; CEDH, 30 mai 2000, Belvedere Alberghiera S.R.L. c/ Italie.

On peut retrouver une démarche semblable devant le Conseil constitutionnel lorsqu'il évoque les « principes fondamentaux du droit des contrats »¹²⁰. A l'évidence aucune norme textuelle du bloc de constitutionnalité ne fait de référence directe au droit des contrats et encore moins à quelques principes fondamentaux du droit des contrats que ce soit. On sait cependant que le Conseil constitutionnel a rendu un certain nombre de décisions, pas toujours très explicites, intéressant ce droit des contrats¹²¹ et il peut être permis d'admettre l'existence d'un droit constitutionnel des contrats d'origine jurisprudentielle¹²². Mais, dans la décision qui nous préoccupe, l'expression « principes fondamentaux du droit des contrats » est utilisée par le Conseil constitutionnel pour renvoyer à un corps de règles aux contours mal définis, sinon indéfinissables et qu'il est, en réalité, par voie purement jurisprudentielle en train d'énoncer.

Si cette fonction créatrice attachée à des principes fondamentaux peut ainsi être repérée devant toutes les juridictions, des différences peuvent exister dans le recours à cette technique suivant les juridictions et le rôle qui leur est attribué.

Ainsi, l'office de la Cour européenne des droits de l'homme est d'interpréter une déclaration de droits fondamentaux, lesquels sont, par nature, indéfinis, et il revient précisément à la Cour de Strasbourg d'établir les contours de ces normes standards. Cette technique qui consiste donc à élaborer des règles précises à partir de règles générales et floues est ainsi consubstantielle à la fonction juridictionnelle qui lui est propre. Parce que le Conseil constitutionnel est également dans une logique de contrôle de conformité de normes, il est possible de dégager des points communs avec la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, les énoncés du Conseil constitutionnel peuvent rester encore plus généraux car il lui suffit de déclarer que telle disposition législative litigieuse est (ou n'est pas) conforme avec le principe énoncé de façon bien vague. A nouveau l'exemple des « principes fondamentaux du droit des contrats » est frappant, alors même que la saisine était plus précise évoquant un principe d'immutabilité des contrats, le Conseil constitutionnel reste au niveau plus général d'un supposé principe fondamental de droit des contrats dont il se dispense de

¹²⁰ CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité.

¹²¹ Au titre essentiellement des articles 4 et 5 de la Déclaration de l'homme et du citoyen de 1789 lesquels posent un principe de liberté - article 4 - et évoquent le rôle de la loi en matière d'aménagement des libertés, en général. Ainsi, par exemple, en se fondant sur l'article 4 de cette déclaration, le Conseil constitutionnel vérifie qu'il n'est pas apporté une atteinte telle à l'exécution des contrats en cours qu'elle dénature la liberté contractuelle (CC, décision n°99-416DC du 23 juillet 1999, CMU) et que la connaissance suffisante des normes applicables ne dénature pas cette liberté (CC, décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Codification). De façon vraiment peu claire le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de liberté contractuelle n'a pas « *en lui même* » valeur constitutionnelle (CC, décision n° 97-388 DC, 20 mars 1997) tout en précisant que sa méconnaissance ne « *saurait être invoquée (...)* que dans les cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». D'autres exemples pourraient être fournis.

¹²² Cette affirmation peut tout à fait être critiquée si l'on considère que le Code civil est en réalité la source de ce droit constitutionnel, mais tel n'est pas notre débat.

préciser l'exacte teneur pour conclure à l'absence de contrariété à ce principe des dispositions de la loi déferée¹²³.

Comme le montre la jurisprudence issue de l'arrêt Francovich, la Cour de justice des Communautés européennes peut, elle, être amenée à énoncer des règles relativement précises.

3. 2. 2. 2 – La création par l'extension d'une norme

L'expression «principe fondamental» peut-être utilisée pour étendre la sphère d'application d'une règle, en la présentant comme n'étant que «l'expression» ou la «traduction» d'un principe fondamental. Le pouvoir créateur du juge est ici également sans conteste même si, dans ces hypothèses, il peut apparaître comme masqué par la référence textuelle avancée. Il s'agit d'un procédé relativement fréquent même s'il n'est pas utilisé par l'ensemble des juridictions. Logiquement les juridictions comme le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme qui peuvent se fonder sur des énoncés très généraux n'utilisent pas ce procédé.

Devant la Cour de justice des Communautés européennes cette méthode apparaît surtout dans le contentieux de l'égalité. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes¹²⁴ a pu accepter d'appliquer les dispositions de la directive de 1976 sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes à un transsexuel. Le premier tribunal saisi avait, quant à lui, considéré qu'un transsexuel quel que soit son sexe aurait été traité de la même manière et que l'on ne pouvait donc pas considérer qu'il y avait discrimination sexuelle. Pour la Cour de justice des Communautés européennes, « *La directive n'est que l'expression dans le domaine considéré, du principe d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire* ». « *Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée* ».

Dans deux arrêts, la Cour de cassation voit dans l'article 906 du Code civil, qui subordonne la capacité de recevoir à titre gratuit à la conception au moment de l'acte, la traduction d'un « *principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit* »¹²⁵. Cette référence permet par exemple à la Cour de cassation de considérer comme nul le legs fait à une personne morale non encore créée au moment de l'acte. L'article 906, ne

¹²³ « *Considérant que sous cette réserve le grief tiré d'une atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats doit être écarté* ».

¹²⁴ CJCE, 30 avril 1996, C-13/94.

¹²⁵ Cass. 1^{er} civ., 22 juillet 1987, pourvoi n° 85-14507 et Cass. 1^{er} civ., 31 mars 1992, pourvoi n° 90-11574.

visant évidemment que les personnes physiques, n'aurait pas permis, à lui seul, d'atteindre ce résultat. Dans la même logique s'inscrit un arrêt de 1991, qui étend au procès pénal pour faux témoignage lié au divorce, la prohibition du témoignage des descendants formulée par l'article 205 du nouveau Code de procédure civile pour le procès en divorce, au nom d'un « principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille » dont l'article 205 ne serait que « l'expression »¹²⁶.

La Cour de cassation tire également de textes épars du Code du travail, et notamment de l'article L 132-4, un principe fondamental de faveur ; elle pose ainsi une règle d'application générale susceptible de s'appliquer dans les cas les plus divers et surtout évidemment ceux qui n'étaient pas pris en compte par le code du travail.

Sans que la technique soit rigoureusement la même, la Cour internationale de Justice peut qualifier un principe de fondamental pour étendre une règle issue d'une convention à un nombre plus étendu de destinataires. Elle démontre, ce faisant, leur autonomie par rapport à des conventions internationales, contraignant de ce fait les Etats non signataires des conventions à les respecter tels les principes généraux de base du droit humanitaire¹²⁷.

Le recours à l'expression « principes fondamentaux » est donc bien une technique permettant aux juges suprêmes de créer des normes utiles à leurs contrôles. Comme nous le verrons, l'expression « principes fondamentaux » n'a pas l'exclusivité de cette fonction ; bien d'autres locutions qui participent de cette même technique, et particulièrement celle de « principes généraux du droit », peuvent être utilisées par les juges. Comme eux, les « principes fondamentaux » permettent « *au juge de pallier l'interdit que lui fait l'article 5 du Code civil de créer lui-même du Droit* »¹²⁸. « Ces « principes » sont des règles de fond, habituellement très importantes (les droits de la défense, le principe de non-rétroactivité, etc.) que le juge met au monde lui-même en justifiant cette attitude théoriquement illicite au moyen d'une rhétorique subtile, mais pas forcément convaincante. En fait et quoi qu'il en dise, cela revient toujours à apporter une norme générale nouvelle dans le système (même si l'opération ne prend presque jamais la forme d'une pure création ex nihilo, le juge ne pouvant donner l'impression de se comporter comme le ferait le législateur). Il faut voir là l'expression la plus manifeste du pouvoir normatif du juge ou plus précisément de son pouvoir de créer des normes générales »¹²⁹.

¹²⁶ Cass. Crim., 4 févr. 1991, pourvoi n° 89-86575.

¹²⁷ CIJ, arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, Nicaragua c. Etats-Unis.

¹²⁸ De Béchillon D., *Qu'est ce qu'une règle de Droit ?*, ed. Odile Jacob, 1997, p. 49.

¹²⁹ Ibid, p. 30.

Mais cette fonction de création n'est pas exclusive d'une autre fonction repérée de l'expression « principe fondamental » laquelle peut également être amenée à assumer une fonction de « prévalence-éviction ».

3. 3 - La fonction de « prévalence-éviction »

Le recours à l'expression de « principes fondamentaux » permet à la règle ainsi qualifiée de prévaloir dans le litige en cause. On pourrait ainsi parler d'une fonction de prévalence, le qualificatif de « fondamental » justifiant de « hisser » la norme à un niveau supérieur. Mais le terme de prévalence est ambigu car il peut laisser croire que le juge cherche alors à positionner la règle qualifiée de « principe fondamental » dans une hiérarchie formelle des normes. Dans une telle conception des sources du droit, la qualification de « principe fondamental » par le juge reviendrait à attribuer à la règle en cause une valeur juridique hiérarchiquement supérieure. Telle n'est pourtant pas l'opération à l'œuvre. En qualifiant telle règle de « principe fondamental », le juge cherche simplement à évincer l'application d'une autre règle laquelle peut très bien être formellement de même rang juridique.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet de bien illustrer ce propos. Ainsi en qualifiant de « principes fondamentaux », certains traits de la société démocratique évoquée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Cour européenne assure leur prévalence sur d'autres règles, de même niveau hiérarchique, également protégées par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour s'appuyant sur l'idée que la « *démocratie est un élément fondamental de l'ordre public européen* » admet l'ingérence d'un Etat dans le cadre de la liberté d'association appliquée à un parti politique (article 11). Elle exprime ainsi les limites posées pour les partis politiques : « *un parti politique peut mener campagne en faveur d'un changement de législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat à deux conditions : (1) les moyens utilisés à cet effet doivent être à tous points de vue légaux et démocratiques ; (2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux* »¹³⁰. La Cour européenne accepte donc qu'un Etat puisse prononcer des interdictions à l'égard d'un

¹³⁰ CEDH, 31 juill. 2001, *Refah partisi (parti de la prospérité) c/ Turquie* (§47) ; CEDH, 9 avril 2002, *Karatas et Aksoy* (§49) ; CEDH, 10 déc. 2002, *Dicle pour le parti de la démocratie c/ Turquie*, (§46).

parti politique prônant des idées contraires aux principes fondamentaux de la démocratie au rang desquels figure la non-discrimination¹³¹.

Le même type de raisonnement est à l'œuvre devant la Cour de cassation. Il en va ainsi très clairement de tous les arrêts qui se réfèrent aux principes fondamentaux de procédure ou à l'un de ces principes identifiés (« principe fondamental de la contradiction », « principe fondamental de garantie des droits de la défense ») pour ouvrir une voie de recours (pouvoi, appel ou opposition) à fin d'annulation d'une décision violant un tel principe. Ainsi, de façon classique, dans un arrêt du 13 novembre 2002¹³², la chambre commerciale de la Cour de cassation, admet, à l'encontre même des termes du 2° de l'article L 623-4 du Code de commerce, qu'un appel est possible à l'encontre de certaines ordonnances rendues par le juge-commissaire dès lors que sont en jeu des principes fondamentaux de procédure¹³³. Il faut toutefois remarquer que si cette référence aux principes fondamentaux de procédure est fréquente, rares sont les décisions qui reconnaissent une violation des dits principes.

On peut retrouver certains aspects de cette fonction de prévalence devant la Cour de justice des Communautés européennes qui va faire primer le principe fondamental sur une norme nationale qui lui serait contraire. On trouve ce cas de figure dans le domaine de la libre circulation des personnes et des marchandises. La qualification de « principe fondamental » va jouer un rôle dans la reconnaissance de l'effet direct et de la primauté de la norme ainsi qualifiée. Ainsi par exemple « *les articles 48 à 66 du traité et les actes de la communauté pris en leur application mettent en œuvre un principe fondamental du traité, confèrent aux personnes qu'ils concernent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder et priment toute norme nationale qui leur serait contraire* »¹³⁴.

La Cour internationale de justice paraît, à cet égard, quelque peu discordante. En effet, l'expression ne semble pas utilisée pour assurer la prévalence-éviction de la norme ainsi qualifiée. Certes, il a été constaté que la juridiction peut mettre l'accent sur la qualification « fondamental » pour marquer la valeur particulière d'un principe, pour marquer son attachement à certains principes dont la méconnaissance lui semble particulièrement grave.

¹³¹ CEDH, Refah partisi c/ Turquie, préc., (§70).

¹³² Pourvoi n° 99-18218.

¹³³ La Cour de cassation ajoute que la commission d'un excès de pouvoir par le juge ouvre le même type de recours, mais ce n'est pas notre sujet.

¹³⁴ CJCE, 7 juillet 1976, 118/75.

Pour autant les principes fondamentaux ne constituent pas un instrument d'identification des règles de *jus cogens*.

On pouvait en effet s'interroger sur une éventuelle convergence entre « principes fondamentaux » et règles de *jus cogens* (au sens de l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) que la Cour est la seule autorité habilitée à reconnaître. Elle a isolé quelques principes du droit international qui constituent des règles impératives et elle les a qualifiés de principes fondamentaux. Ainsi le principe du respect du droit diplomatique, qualifié de fondamental, constitue une règle de *jus cogens*¹³⁵. Il en est de même des principales règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés¹³⁶. Toutefois, nous avons pu constater que l'utilisation par la Cour du qualificatif « fondamental » pour faire prévaloir une catégorie de principes n'est pas systématique. Si certains principes fondamentaux ont été considérés comme formant des règles de *jus cogens*, tous les principes fondamentaux du droit international ne constituent pas pour autant des règles impératives¹³⁷.

C'est cette même fonction de « prévalence-éviction » qui est à l'œuvre lorsque les juridictions entendent justifier une interprétation restrictive d'une règle confrontée à une autre règle qualifiée de fondamentale. La qualification de « principe fondamental » conduit à réorganiser la lecture des normes en conflit en terme de principe/exception et à impulser une interprétation restrictive du texte non fondamental qui pose l'exception. Les exemples sont nombreux devant la Cour de justice des Communautés européennes et la terminologie est relativement stable. Ainsi, pour la Cour de justice des Communautés européennes, « *La libre prestation des services en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général* »¹³⁸ ou « *justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général* »¹³⁹. « *En tant qu'il apporte une exception à l'un des principes fondamentaux du marché, l'article 36 n'admet, en effet des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété* »¹⁴⁰. On peut donner une dernière citation encore plus explicite : « *L'exception d'ordre public comme toutes les dérogations*

¹³⁵ CIJ, ordonnance du 15 déc. 1979 et arrêt du 24/05/80, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Iran c/ Etats-Unis

¹³⁶ Avis de la CIJ du 8 juillet 1996 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

¹³⁷ Pour construire les normes de *jus cogens*, la Cour utilise plutôt les termes « supérieurs » et « impératifs ».

¹³⁸ CJCE, 17 décembre 1981, 279/80 ou CJCE, 23 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96.

¹³⁹ CJCE, 13 juin 2002, C-340/99 et C-431/99 ou encore CJCE, 7 février 2002, C-279/00.

¹⁴⁰ Voir par exemple CJCE, 10 novembre 1992, C-3/91 ; CJCE, 9 juillet 1997, C-316/95.

possibles à un principe fondamental du traité doit cependant être interprétée de manière restrictive »¹⁴¹.

On retrouve ce même type de raisonnement devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle qualifie des règles posées par l'article 6§1 de principe fondamental (comme le principe de publicité des débats, le principe du contradictoire, le principe d'impartialité du juge) afin de justifier une appréciation restrictive des exceptions au dit principe. Depuis longtemps, la Cour pose des conditions restrictives pour admettre toute renonciation à la publicité des débats. Ainsi, dans l'arrêt *Hakansson et Sturesson*¹⁴², la Cour énonce « *La publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental, consacré par l'article 6.. Ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêchent une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite (...) mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* ». Et elle développe une jurisprudence assez similaire s'agissant du principe fondamental du contradictoire¹⁴³.

Enfin, on peut remarquer que cette fonction de « prévalence-éviction » peut se confondre avec la fonction créatrice du recours à l'expression « principe fondamental ». Le juge identifie un principe fondamental dans le but de le faire prévaloir. Ainsi les principes fondamentaux de procédure devant la Cour de cassation ou les principes démocratiques fondamentaux reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, il y a bien là deux fonctions qu'il faut distinguer sur un plan conceptuel.

4 - Les équivalents fonctionnels

Au-delà de la diversité des résultats de l'interrogation par l'expression « principe fondamental », on a pu constater une certaine concordance dans les fonctions remplies par les principes fondamentaux lors de leur mobilisation par les différentes juridictions suprêmes. L'identification de ces fonctions a permis de s'interroger sur les termes et locutions utilisés par les juridictions pour des fonctions identiques. Les trois fonctions identifiées à l'étape précédente ne donnent pas d'emblée les termes des interrogations à mener : « rhétorique », « créatrice » ou « prévalence-éviction » sont des concepts intellectuels découlant d'une

¹⁴¹ CJCE, 10 février 1990, C-340/97 ou CJCE, 19 janvier 1999, C-348/96.

¹⁴² CEDH, 21 févr. 1990, §66. Voir également, CEDH 6 févr. 2001, *Beer c/ Autriche*, §18

¹⁴³ CEDH, 6 févr. 2001, *Beer c/ Autriche*, §18.

analyse mais n'appartenant pas au langage judiciaire. Il fallait donc identifier les équivalents pouvant être utilisés par les juridictions suprêmes pour ces différentes fonctions (4.1). Les équivalents fonctionnels identifiés, une analyse comparée de l'outil « principe fondamental » et des équivalents fonctionnels a été réalisée (4.2).

4. 1 - La recherche des équivalents fonctionnels

Une méthode d'identification a permis de dresser une liste d'équivalents fonctionnels supposés (4.1.1) qui ont été recherchés devant les différentes juridictions (4.1.2).

4. 1. 1 - La méthode de recherche des équivalents fonctionnels

Les équivalents fonctionnels ont été déterminés au moyen du cumul de différentes techniques. Se recoupant ou se complétant, elles ont permis d'élaborer une série d'équivalents fonctionnels supposés.

4. 1. 1. 1 – La présentation de la méthode

La détermination de supposés équivalents fonctionnels a reposé en premier lieu sur des observations réalisées lors de phases antérieures de la recherche complétées en second lieu par la détermination d'équivalents sémantiques.

4. 1. 1. 1. 1 - Les équivalents fonctionnels rencontrés lors des phases antérieures.

A mesure du dépouillement des décisions utilisant l'expression exacte « principes fondamentaux », des équivalents fonctionnels ont pu apparaître par trois voies :

- par le contenu du principe
- par le recours à la doctrine
- par la généralisation des synonymes trouvés à l'ensemble des juridictions

- Par le contenu du principe :

Comment savoir si une juridiction, qui recourt au « principe fondamental de faveur », n'utilise pas cette même norme sous d'autres termes, considérés équivalents ? La démarche qui s'impose d'emblée consiste à mener l'interrogation par le contenu de la règle et de rechercher si elle apparaît jointe à d'autres adjectifs. Par exemple, le principe de la présomption d'innocence ayant été qualifié de fondamental par la Cour européenne des droits de l'homme, l'interrogation « Principe* pre/3 présomption d'innocence » permettait de faire ressortir toutes les formulations utilisées par cette Cour pour ce même principe.

Cette interrogation présente également l'avantage de permettre une approche de la question de la stabilité du vocabulaire : le principe fondamental est-il toujours présenté comme tel par cette juridiction ? Sinon, quels sont les termes équivalents pour la juridiction ? Dans cette même logique, mais cette fois pour cerner au mieux l'utilisation de l'équivalent semblant le plus souvent utilisé, celui de « principe général », l'interrogation fut menée sur l'interrogation sur principe général croisée avec le contenu d'un principe fondamental (ex : Cour européenne des droits de l'homme : principe* pre/3 généra* pre/3 impartialité).

- Par le recours à la doctrine :

Les fonctions ont été identifiées devant chaque juridiction. Or, il est apparu au cours des réunions collectives que certaines fonctions du principe fondamental devant une ou des juridictions n'étaient pas remplies par cette expression devant les autres. Par exemple, la fonction créatrice du « principe fondamental », apparue devant les Cours européennes ainsi que devant la Cour de cassation, ne se retrouvait pas devant le Conseil d'Etat. Or, la juridiction administrative était nécessairement confrontée, elle aussi, à l'hypothèse de lacunes et devait donc recourir à un instrument ayant des fonctions similaires pour leur comblement. Les ouvrages de droit administratif ont permis dès lors d'identifier les outils utilisés à cet égard, enseignant sans hésitation que « les principes généraux du droit » remplissaient une telle fonction.

- Par la généralisation des synonymes :

Lors de l'analyse des décisions mentionnant les seuls « principes fondamentaux », les différents groupes de travail avaient relevé, au hasard des lectures, des expressions similaires utilisées par la juridiction, objet de leur étude, comme équivalent fonctionnel. Par exemple,

les termes de « principe essentiel » étaient apparus dans les arrêts de la Cour de cassation, ceux de « principes généraux » devant la Cour de justice des Communautés européennes ou devant la Cour Internationale de Justice, celui de « principe » devant le Conseil d'Etat ou devant la Cour européenne des droits de l'homme, celui de « règle » devant le Conseil constitutionnel. Il a été supposé que les équivalents fonctionnels ainsi repérés pour une juridiction pouvaient remplir le même rôle d'équivalent fonctionnel devant les autres juridictions et l'interrogation a été généralisée.

La liste ainsi obtenue était, certes, toujours susceptible de se révéler incomplète. Les équivalents fonctionnels pouvaient ne pas apparaître par le contenu : ainsi, par habitude linguistique, une juridiction peut systématiquement baptiser un principe de « fondamental » et un autre d' « essentiel », sans jamais permuter ces qualificatifs, et ce bien qu'ils partagent la même fonction. Le recours à la doctrine, s'il garantissait l'identification des catégories les plus fiables des sources utilisées, n'assurait pas pour autant une représentation parfaitement exacte du contentieux, pour deux raisons : d'une part, parce que la systématisation scientifique laisse nécessairement à l'écart des décisions tenues pour d'espèce ; d'autre part, parce que la matière des principes fondamentaux est souvent le lieu de requalifications par les auteurs ; ainsi, lorsqu'une juridiction utilise un équivalent fonctionnel, par exemple de « principe général », dans une fonction spécifique au « principe fondamental », du moins selon l'auteur, l'étude présentera souvent la décision comme mettant en œuvre un « principe fondamental »¹⁴⁴.

Pour tenter de limiter les risques d'omettre un équivalent fonctionnel, la liste a été complétée par des équivalents sémantiques.

4. 1. 1. 1. 2 - Les équivalents sémantiques

Des recherches sémantiques ont été faites à plusieurs niveaux.

Une première recherche avait été faite à l'origine du projet collectif, afin de mieux cerner les questions soulevées par les « principes fondamentaux ». L'existence d'expressions proches était donc un phénomène connu de l'équipe et avait d'ores et déjà permis de repérer leur utilisation au gré des décisions « principes fondamentaux ».

¹⁴⁴ Cf. 4.2.2.2 – L'instabilité du vocabulaire utilisé par certaines juridictions.

Une nouvelle recherche pouvait permettre de vérifier l'équivalence de certains termes obtenus par la première méthode. Surtout, elle permettait de voir dans quelle mesure les équivalents étaient effectivement synonymes ou si le glissement terminologique emportait un glissement de sens, et, au-delà, un glissement de fonction. Enfin, la démarche sémantique pouvait suggérer une vérification sur des termes jusqu'alors non rencontrés mais pressentis comme pouvant constituer des équivalents fonctionnels : par exemple, les « principes fondamentaux » utilisés dans une fonction de « prévalence-éviction » étaient-ils désignés comme « principes supérieurs » ?

Le travail purement sémantique a été filtré par la culture juridique de l'équipe : des termes pouvant paraître équivalents à « fondamental » dans le langage courant étaient en revanche étrangers au langage juridique. Par exemple, si dans le langage courant « fondamental » est équivalent à « capital » ou « éminent », les concepts de « principe capital » ou « principe éminent » sont apparus trop éloignés du langage juridique pour être retenus de manière pertinente¹⁴⁵. Pour limiter les confusions, et ne pas s'égarer sur des pistes peu pertinentes du point de vue juridique, les éclaircissements se sont par conséquent souvent faits sur la base d'ouvrages juridiques, au premier rang desquels le Vocabulaire juridique¹⁴⁶.

4. 1. 1. 2 - La présentation des supposés équivalents fonctionnels retenus

« Principe » : le terme de principe recouvre différentes significations. Le Vocabulaire juridique en dénombre 7. Mais la lecture de ces définitions fait apparaître, au-delà des nuances, deux caractéristiques majeures du principe : dans toutes ses définitions, le « principe » est lié à un caractère de généralité, permettant de « déduire »¹⁴⁷ ou « d'inspirer »¹⁴⁸. Parce qu'il est en lui-même porteur de généralité, le « principe » nu, sans qualificatif, est à même de remplir la fonction complémentaire. Il est en effet classiquement considéré comme source de « création, application ou interprétation »¹⁴⁹. Cette fonction complémentaire est largement confirmée par la doctrine, selon une présentation née en droit international public puis répandue dans toutes les disciplines¹⁵⁰ : de textes épars ou de valeurs supérieures, les principes sont dégagés à un haut degré de généralité, suffisamment élevé

¹⁴⁵ Une très rapide vérification a été réalisée pour les juridictions internes à partir de Légifrance.

¹⁴⁶ Cornu G. (dir.), Association Capitant, PUF, Quadrige, 4^e éd., mai 2003.

¹⁴⁷ Définition 1 : « Règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques ».

¹⁴⁸ Définition 2 : « Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure ».

¹⁴⁹ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^e éd., 1993

¹⁵⁰ Voir notamment Morvan P., *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, n° 93 et s.

pour permettre ensuite la déduction de solutions complémentaires¹⁵¹. Mais les diverses définitions évoquées traduisent également une idée de « supériorité »¹⁵² ou d'« essentiel »¹⁵³, voire d'« intransgressable »¹⁵⁴. Le terme de « principe » pourrait donc également à lui seul remplir la fonction de prévalence sur une autre règle, des qualificatifs tels que « fondamental » ne venant que renforcer, par un redoublement de sens, l'importance de la règle. La recherche des équivalents fonctionnels pourrait ainsi soit confirmer la synonymie des termes, une même règle pouvant être qualifiée pour la même fonction de « principe » ou de « principe fondamental », soit, au contraire, établir qu'une distinction est faite par les juridictions suprêmes, l'expression « principe fondamental » étant soigneusement réservée à certains principes plus généraux ou plus essentiels que les autres.

« Règle » : le vocabulaire juridique permet d'élever encore le degré de généralité sémantique. Si l'expression « principe fondamental » peut être considérée comme une sous-catégorie de l'expression « principe », cette dernière peut, à son tour, être appréhendée comme une sous-catégorie du terme plus général de « règle ». Catégorie première du langage juridique, la règle peut être synonyme de principe, mais entendu par opposition à l'exception¹⁵⁵. Plus généralement, elle désigne « toute norme juridiquement obligatoire »¹⁵⁶. La notion de règle se veut suffisamment générale pour ne pas permettre les distinctions, et notamment celles fondées sur le « degré de généralité »¹⁵⁷, bien que la règle soit plus souvent une « proposition générale décrivant une régularité »¹⁵⁸. Le terme pourrait donc être utilisé dans une fonction complémentaire. En revanche, la définition du terme de règle ne porte pas de connotation de supériorité, n'en faisant pas *a priori* un instrument apte à remplir une fonction de prévalence sans être couplé à un qualificatif. Cette conception purement sémantique devait être soumise à vérification.

« Libertés » « droits » « garanties » : En droit, les règles fondamentales sont plus souvent formulées en termes de « libertés fondamentales », « droits fondamentaux » ou « garanties fondamentales ». La proximité de ces expressions mène souvent à leur amalgame.

¹⁵¹ Pour la description de ce processus, v. De Vissecher Ch., *Théories et réalités en droit international public*. Ed. A. Pédone. 4ème ed. 1970.p.419 ; Jeammaud A., « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. Soc.*, 1982, 626

¹⁵² Définition 2, précitée.

¹⁵³ Définition 6 : « *Élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution* »

¹⁵⁴ Définition 4 : « *Nom donné à une maxime intransgressable ; règle tenue pour absolue* »

¹⁵⁵ Définition 2.

¹⁵⁶ Définition 1.

¹⁵⁷ Définition 1.

¹⁵⁸ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, précité.

La recherche collective menée a été l'occasion de constater à divers endroits la tendance à la confusion entre ces différentes terminologies. Ainsi, l'impression de recrudescence du recours aux « principes fondamentaux », hypothèse de départ de la recherche, démentie par l'analyse des décisions, peut être due à la recrudescence contemporaine des droits fondamentaux. Toutefois deux raisons nous ont conduit à exclure une généralisation de la recherche sur ces termes. En premier lieu, les sens premiers des « libertés », « droits » et « garanties » semblent plus ancrer ces manifestations dans les droits subjectifs que dans le droit objectif, domaine par excellence des « principes ». En second lieu, la vérification est apparue dénuée de sens pour certaines juridictions ne connaissant que des « libertés fondamentales », l'interrogation étant vouée à désigner la quasi-intégralité des décisions rendues.

Les équivalents fonctionnels se sont ensuite orientés non sur le substantif mais sur l'adjectif.

« Général » : l'expression de « principe général » est apparue au cours des lectures devant plusieurs juridictions. Il est également ressorti des manuels que, pour la Haute juridiction administrative, il remplissait la fonction complémentaire pouvant être réalisée par le recours aux « principes fondamentaux » devant d'autres juridictions. Le sens même du terme « général », qui présuppose sa potentialité d'application à l'ensemble des situations¹⁵⁹, laisse présager une fonction complémentaire. Toutes les juridictions semblant connaître cet usage de l'expression « principe général », il est apparu intéressant de vérifier dans quelle mesure elle était utilisée comme équivalent fonctionnel, et si oui pour quelles fonctions, ou dans des fonctions plus spécifiques.

« Essentiel » : apparu lors des recherches par l'expression « principes fondamentaux » devant la Cour de cassation, l'adjectif « essentiel » a aussi semblé mériter d'être retenu comme hypothèse d'équivalent fonctionnel. Recoupant là aussi partiellement le sens du terme de « principe », il est virtuellement porteur d'une fonction de prévalence, ce qui est « essentiel » pouvant être présenté comme synonyme de « fondamental » lorsqu'il est entendu comme ce « qui est le plus important »¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Voir Dictionnaire Le Robert : « *qui s'applique, se réfère à un ensemble de cas ou d'individus* »

¹⁶⁰ Dictionnaire Le Robert, v° Essentiel, 3, qui propose « fondamental » en synonyme.

« Supérieur » : enfin, le terme apparu comme le plus à même de traduire l'idée de prévalence et donc d'en constituer un équivalent fonctionnel est celui de « supérieur ».

Chaque groupe dû donc reprendre l'interrogation devant chaque juridiction sur les termes :

- principe
- principe général
- principe essentiel
- principe supérieur
- règle fondamentale

La liste des équivalents fonctionnels ainsi déterminée a fait l'objet d'une vérification devant chaque juridiction sachant que l'interrogation envisageait également le pluriel. Il s'agissait de vérifier si une expression supposée équivalente pouvait effectivement remplir les fonctions dégagées pour les principes fondamentaux et de permettre, au-delà, une meilleure analyse de l'outil « principes fondamentaux ». En conséquence les tests étaient de nature qualitative et pouvaient se satisfaire d'un échantillonnage. Les équivalents les moins usités ont pu faire l'objet d'une analyse exhaustive ; en revanche, pour les équivalents massivement employés, tels que « principe », sans qualificatif, ou « principe général », les interrogations n'ont pu se faire que par sondage aléatoire. Le détail des résultats obtenus juridiction par juridiction et équivalent par équivalent figure en annexe¹⁶¹.

L'impression dominante est celle d'une hétérogénéité accrue dans le choix et l'utilisation des équivalents fonctionnels : la diversité constatée pour l'expression même « principes fondamentaux » devient dispersion dans le recours aux voisins lexicaux que sont les « principes généraux » et autres « règles fondamentales ».

4. 1. 2 – L'existence et la diversité des équivalents fonctionnels

Les interrogations sur les équivalents fonctionnels révèlent que chaque juridiction, pour assurer les fonctions identifiées pour les principes fondamentaux, utilise un ou plusieurs équivalents. Ceux-ci varient largement d'une juridiction à l'autre, tant dans leur choix que dans leur succès quantitatif (4.1.2.1). A cette variété des équivalents semble s'ajouter une

¹⁶¹ Cf. Annexes III à VIII.

variété dans les conceptions, certaines juridictions concevant leurs équivalents comme de véritables catégories juridiques bien déterminées quand d'autres semblent moins attachées à une telle construction (4.1.2.2).

4. 1. 2. 1 – Le panorama des équivalents fonctionnels devant les juridictions suprêmes

La diversité des équivalents fonctionnels constitue un trait dominant. De nombreuses expressions sont utilisées pour souligner l'importance de la règle en cause ou encore pour exprimer les valeurs qui doivent régir le système juridique (fonction rhétorique), pour créer du droit (fonction créatrice), ou pour faire prévaloir une règle dans le litige qui leur est soumis (fonction de prévalence-éviction).

Il existe peu de convergences quant aux équivalents fonctionnels utilisés par les différentes juridictions, certains étant même propres à une juridiction donnée¹⁶². Seul le terme « principe » (sans qualificatif) est utilisé par toutes les juridictions¹⁶³.

Au-delà, la diversité la plus totale semble régner, des recoupements apparaissant ici ou là. Il est toutefois impossible de ne pas remarquer le recours massif aux « principes généraux » comme équivalents fonctionnels des « principes fondamentaux » (4.1.2.1.2), les autres équivalents apparaissant de façon plus occasionnelle (4.1.2.1.1).

4. 1. 2. 1. 1 – Les équivalents occasionnels

Certains équivalents fonctionnels sont si occasionnels qu'ils en deviennent accidentels : en plus de n'avoir été identifiés que devant une seule juridiction suprême, ils apparaissent pour cette juridiction même comme d'une utilisation singulière, dont l'intérêt ne semble guère dépasser la fonction rhétorique. Il en est ainsi de la qualification d'un « principe fondamental » de « principe bien établi » par la Cour internationale de justice¹⁶⁴ ou d'« élémentaire » pour la Cour de justice des Communautés européennes¹⁶⁵.

¹⁶² Les dispositions juridiques fondamentales pour la Cour de justice des Communautés européennes, les principes *erga omnes* pour la Cour internationale de justice, etc. Voir annexes III à VIII.

¹⁶³ Sur cette utilisation, cf. *infra* 4. 2. 2. 1.

¹⁶⁴ 30 juin 1995, Timor oriental, Portugal c. Australie.

¹⁶⁵ Cf. Annexe V.

- Principe supérieur

Parmi les équivalents occasionnels, l'expression la moins utilisée est sans conteste celle de « principe supérieur ». Celle-ci n'apparaît pas dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, ni dans celles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et elle reste très marginale dans les productions des autres juridictions. Le plus souvent, au demeurant, elle ne constitue pas véritablement un équivalent fonctionnel du « principe fondamental » dans la mesure où son emploi se cantonne à la rhétorique. Ainsi, devant la Cour de justice des Communautés européennes, l'expression apparaît bien, mais son utilisation est rhétorique et marginale¹⁶⁶. Seule la Cour internationale de justice y recourt dans le cadre de l'une des fonctions identifiées, celle de prévalence-éviction, pour hisser la règle au rang des normes de *jus cogens*¹⁶⁷.

- Principe essentiel

L'expression « principe essentiel » n'est guère plus employée. Le Conseil d'Etat l'ignore et les autres juridictions l'utilisent avec parcimonie. Les termes sont effectivement utilisés – quoique rarement – pour faire prévaloir une norme, qu'il s'agisse d'évincer une autre règle ou, *a contrario*, d'interpréter strictement ses exceptions. Ainsi, le Conseil constitutionnel¹⁶⁸ peut en user pour identifier les garanties majeures qu'il ne semble pas possible de restreindre et les modalités subalternes qui peuvent être aménagées sans censure. Le recours à l'expression semble ici permettre de souligner la référence à la « philosophie » d'une législation. De même, à une occasion, la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée aux principes essentiels pour justifier une interprétation restrictive des exceptions¹⁶⁹. Seule la Cour de cassation a employé, avec une certaine constance, les termes « principes essentiels ». En effet, les recherches ont permis de mettre en évidence que la référence aux « principes essentiels de procédure » est antérieure et rigoureusement synonyme à celle, plus récente, de « principes fondamentaux de procédure »¹⁷⁰.

Malgré ces utilisations, et nonobstant le rôle plus créateur que la Cour internationale de justice fait jouer à l'expression, la référence aux principes essentiels est le plus souvent

¹⁶⁶ En ce sens, 11 décisions ont été identifiées : Cf. Annexe V.

¹⁶⁷ Rappelons que l'expression « principe fondamental » n'est pas utilisée à cette fin par la Cour internationale de justice.

¹⁶⁸ Ainsi, pour les principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle, Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales ; pour les autres utilisations de « principe essentiel » et le détail des décisions et de leur analyse, Cf. Annexe VI.

¹⁶⁹ Ex, Z c/ Finlande, 25 février 1977.

¹⁷⁰ Voir annexe VIII.

rhétorique : il s'agit de légitimer le raisonnement développé en soulignant l'importance de la règle.

- Les équivalents au substantif « principe »

La juridiction constitutionnelle s'autorise à utiliser l'adjectif fondamental adjoind à un substantif autre que principe (droit ou liberté) pour marquer l'importance d'une règle, voire reprend le vocabulaire utilisé dans le champ des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat, en des occasions extrêmement exceptionnelles – et apparemment désuètes –, a recouru à l'expression « règle fondamentale » en tant que synonyme de « garantie » ou « liberté fondamentale »¹⁷¹ ou par opposition à exception¹⁷².

La Cour européenne des droits de l'homme, moins rigide dans son utilisation du terme fondamental, construit des locutions dont les fonctions peuvent être identiques à celles jouées par les principes fondamentaux. Elle distingue ainsi, parmi les dispositions de la Convention, les « articles » primordiaux qui protègent des « valeurs » fondamentales et pour lesquels les exceptions ou atteintes doivent s'interpréter strictement (fonction de prévalence-éviction)¹⁷³.

Quant à la Cour de cassation et à la Cour de justice des communautés européennes, elles introduisent des principes présentés comme fondamentaux avec des substantifs variés et la qualification de fondamental¹⁷⁴. La Cour de cassation présente comme des « règles » fondamentales, le principe fondamental de faveur¹⁷⁵ et le principe fondamental de la prohibition du témoignage des descendants à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps, étendue à la procédure pénale¹⁷⁶. De même, la Cour de justice des Communautés européennes utilise les termes d'« exigence » fondamentale, par exemple pour le principe de sécurité juridique¹⁷⁷ ou de « disposition juridique fondamentale » pour le principe de l'égalité de traitement¹⁷⁸.

¹⁷¹ CE, Ass., 11 juillet 1975, n° 95293.

¹⁷² CE., Ass., 2 juillet 1982, n° 25288.

¹⁷³ CEDH Andronicou et Constantinou, 9 octobre 1997 ; Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002 ; Abdurrahman Orak c. Turquie, 14 février 2002.

¹⁷⁴ Selon un schéma identique, le principe selon lequel l'accusé ou son avocat doit toujours disposer de la parole en dernier, qualifié de principe général dans certains cas, apparaît également comme une règle fondamentale. Cass. crim. 3 déc. 1997 et Cass. crim. 1^{er} avril 1998, *inédits* ; Cass. crim. 25 nov. 1998, *Bull. Crim.* n°316, p. 906 ; Cass. crim. 12 mai 1999, *inédit*.

¹⁷⁵ Cass. soc. 27 mars 2001, *inédit*.

¹⁷⁶ Cass. crim. 5 févr. 1980, *Bull. Crim.* n°47 et Cass. crim. 4 janv. 1985, *Bull. Crim.* n°11.

¹⁷⁷ Ainsi dans un arrêt du 14 juillet 1972 (Geigy, aff. 52-69), la Cour admet que « si les textes régissant le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes en cas d'infraction aux règles communautaires ne prévoient aucune prescription, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes ». On retrouve ce même principe dans un arrêt du 24 septembre 2002, (aff. C-74/00, Falck SpA et Acciaierie di Bolzano), « en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs ». Pour d'autres exemples d'utilisation de l'expression « exigence fondamentale », Cf. Annexe, V.

¹⁷⁸ Cf. Annexe V.

4. 1. 2. 1. 2 – L'équivalent principal : les « principes généraux »

L'expression « principe général » est la plus employée. Toutes les juridictions étudiées s'y réfèrent et la mobilisent. Les interrogations réalisées montrent même, pour cinq des juridictions étudiées (la Cour internationale de justice, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des communautés européennes, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation) que l'utilisation de cette dernière locution est beaucoup plus intensive que celle de « principes fondamentaux ».

Mais la convergence ne va guère plus loin. En effet, les libellés mêmes des principes généraux isolés par sondage montrent leur grande diversité. Si la Cour internationale de justice se réfère évidemment aux principes généraux reconnus par les nations civilisées et aux principes généraux du droit international, le Conseil d'Etat motive sur les principes généraux du droit, la Cour de justice des Communautés européennes identifie des principes généraux du droit communautaire et la Cour de cassation peut se fonder sur des principes généraux du droit, des principes généraux de la procédure (voire d'une procédure particulière) ou sur des principes généraux d'un domaine (principes généraux régissant les contrats par exemple).

Instrument d'extension des règles et instrument créateur, l'expression « principe général » ne semble pas être moins équivoque que celle de « principe fondamental ». Néanmoins, l'utilisation semble ne pas toujours intervenir dans le même contexte.

Pour certaines juridictions, la notion de « principe général » renvoie à une catégorie connue et spécifique, dans sa notion et dans sa valeur. Pour d'autres, en revanche, l'utilisation plus floue de l'équivalent lui permet d'être aisément interchangeable avec celle « principe fondamental ». Pour certaines juridictions, les principes généraux sont donc constitués en catégories, pour d'autres il ne s'agit que d'un outil.

L'analyse des décisions fait apparaître trois catégories identifiées par les juridictions elles-mêmes : les principes généraux reconnus par les nations civilisées, les principes généraux du droit international et les principes généraux du droit.

- les principes généraux reconnus par les nations civilisées et les principes généraux du droit international constituent deux catégories majeures de source en droit international, catégories dont les composants sont progressivement identifiés par la Cour internationale de Justice. La Cour européenne des droits de l'homme se situant expressément comme une

juridiction internationale se réfère à ces catégories en réservant quasiment l'expression à cet usage¹⁷⁹.

- les principes généraux du droit constituent une catégorie de sources, certes théorisée par la doctrine, mais surtout, le plus souvent, clairement identifiée par le Conseil d'Etat par le biais de la précision de son vocabulaire. La catégorie permet à la juridiction administrative de créer des normes et de la faire prévaloir sur des textes de nature réglementaire. Ces principes ont d'ailleurs été reconnus par le Conseil constitutionnel comme étant des sources de droit à côté de la loi et du règlement¹⁸⁰.

Ces catégories constituent donc des équivalents fonctionnels aux principes fondamentaux en ce qu'elles remplissent l'une ou l'autre (voire l'une et l'autre) des fonctions identifiées à partir de l'expression principes fondamentaux. Néanmoins, pour les juridictions qui s'y réfèrent (la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme pour les principes reconnus par les nations civilisées et les principes généraux du droit international, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat pour les principes généraux du droit), l'expression « principe général » n'est en aucun cas interchangeable avec celle de « principe fondamental ».

Pour les deux autres juridictions, il semble en revanche que les deux expressions puissent être utilisées indifféremment.

La Cour de cassation utilise diverses expressions construites à partir des termes « principes généraux ». Elle se réfère aux principes généraux du droit, aux principes généraux de la procédure¹⁸¹, voire aux principes généraux de la procédure pénale pour étendre le champ d'application d'un texte. Les règles consacrées sur la base des principes fondamentaux étaient certes différentes mais le mécanisme créatif était rigoureusement identique : que l'on songe au « principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit » étendant le champ de l'article 906 du code civil aux personnes morales ou à la prohibition du témoignage des descendants posée par l'article 205 du code de procédure civile et déclaré applicable à la procédure pénale.

¹⁷⁹ Sur 447 arrêts mentionnant un principe général ou des principes généraux, 333 font référence à une source relevant du droit international. Voir Annexe IV.

¹⁸⁰ Voir Annexe VI, les équivalents fonctionnels devant le Conseil constitutionnel. On notera toutefois que les termes « principes généraux » ne sont pas réservés par la juridiction constitutionnelle à la seule désignation de ces sources.

¹⁸¹ Les principes généraux de la procédure ne sont pas les principes fondamentaux de procédure ou les principes essentiels de procédure. Les deux dernières expressions sont rigoureusement synonymes et servent à justifier l'ouverture d'une voie de recours en principe fermée alors que la première est utilisée pour étendre le champ d'application d'un texte (imposer aux juridictions chargées du contentieux technique de la sécurité sociale, l'obligation de statuer dans les limites du litige). Voir les équivalents fonctionnels devant la Cour de cassation en annexe VIII.

Plus surprenantes sont les utilisations des termes « principes généraux » par la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, nonobstant les rationalisations doctrinales, la Cour peut qualifier un même principe de général ou de fondamental sans que l'on puisse distinguer de fonction spécifique attachée à l'un ou à l'autre vocable¹⁸². Une systématisation de la terminologie employée par la juridiction communautaire est délicate : si l'expression de « principe général » recouvre parfois la fonction de comblement des lacunes, par exemple pour le principe général de sécurité juridique¹⁸³, les errements entre différentes terminologies ne sont pas rares. Une catégorie est particulièrement ambiguë, mêlant inextricablement principes généraux et valeur fondamentale, droit communautaire et inspiration externe, celle de « droit fondamental compris dans les principes généraux du droit communautaire », au rang desquels figurent notamment le droit de propriété, l'égalité ou les droits de la défense, qui sont par ailleurs qualifiés de « principes fondamentaux »¹⁸⁴.

L'expression « principe général » n'est pas, pour les juridictions, réservé à la fonction créatrice, même si elle semble impliquer une construction sur la base d'un fonds commun (notamment lorsqu'il s'agit d'une catégorie). La locution joue en réalité un rôle largement identique à l'expression « principe fondamentaux ».

4. 1. 2. 2 – L'émergence de catégories juridiques

La recherche a permis de mettre en lumière pour toutes les juridictions un ou plusieurs instruments de création du droit ou de prévalence-éviction ce qui signifie que chacune des juridictions dispose d'au moins un instrument dont elle a la maîtrise et qui lui permet de créer une norme ou de faire prévaloir une règle de droit sur une autre. Le Conseil d'Etat dispose d'un instrument, les principes généraux du droit, tandis que la Cour de justice des communautés européennes utilise de multiples expressions dans le même dessein (principe fondamental, principe général, dispositions juridiques fondamentales, exigences fondamentales...).

¹⁸² Voir le principe d'égalité dans les développements sur les équivalents fonctionnels devant la Cour de justice des Communautés européennes JCE (annexe V) et le principe de sécurité juridique dans la partie 5 (L'approche transversale des principes fondamentaux).

¹⁸³ L'arrêt du 27 mars 1980 (CJCE, Denkavit, aff. 61/79) inaugure cette série jurisprudentielle, même si on trouve ce même principe dans un arrêt antérieur (CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, Defrenne) fondé sur le « principe de sécurité juridique ». L'un des derniers arrêts date du 3 octobre 2002 (CJCE, Angel Barreira Perez, C-347/00).

¹⁸⁴ Par exemple, CJCE 12 novembre 1969, Aff 29/69 : pour une présentation détaillée, Cf. Annexe V.

L'instrument utilisé peut être très construit, sur le plan doctrinal, au point de constituer une catégorie juridique qui, a défaut d'être parfaitement identifiée, reste identifiable. Les principes généraux du droit créés par le Conseil d'Etat¹⁸⁵ permettent ainsi à la juridiction administrative d'exercer une fonction créatrice soit en étendant des dispositions textuelles à des situations non prévues¹⁸⁶ soit en consacrant des normes qui deviennent alors des instruments de référence pour son contrôle¹⁸⁷. Moins construits du côté de la doctrine, les principes démocratiques fondamentaux et les principes fondamentaux de toute société démocratique identifiés par la Cour européenne des droits de l'homme tendent également à se structurer en deux catégories, l'une dessinant les contours politiques de la démocratie et l'autre les qualités et règles juridiques essentielles qui doivent triompher dans une société qui se veut « démocratique ».

Pour d'autres juridictions, au contraire, l'instrument n'est pas construit en catégorie juridique. Ainsi la Cour de cassation instrumentalise différentes expressions (principe fondamental, règle fondamentale ou principe général) et l'étude de son discours ne permet pas une théorisation autour d'une catégorie juridique¹⁸⁸. La Cour de justice des communautés européennes est proche de ce modèle. Elle utilise, outre l'expression « principe fondamental », de nombreux équivalents fonctionnels qui laissent supposer que les instruments ne sont guère affûtés. Les efforts de la doctrine le confirment qui tentent de rationaliser la construction jurisprudentielle, de fondre le foisonnement du vocabulaire de la Cour de justice des Communautés européennes dans la notion de principe général et de répertorier et classer ces principes généraux selon leur nature ou leur origine¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Il ne saurait évidemment être question de développer ici la théorie des principes généraux du droit en droit administratif. Nous nous bornerons à renvoyer le lecteur à quelques ouvrages : Jeanneau B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954 ; Maillot M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003. Pour une présentation des articles et ouvrages majeurs sur la question, voir Genevois B., Encyclopédie Dalloz Contentieux administratif, Rubrique « Principes généraux du droit ».

¹⁸⁶ CE, 8 juin 1973, Mme Peynet ; CE 23 avril 1982, Ville de Toulouse

¹⁸⁷ CE, 8 décembre 1978, Groupe d'information et de soutien aux travailleurs immigrés reconnaissant le droit pour tout homme de mener une vie familiale normale.

¹⁸⁸ Voir De Béchillon M., *La notion de principe général en droit privé*, précité. La théorisation n'a pu être réalisée qu'en partant d'une définition ontologique du principe, voir Morvan P., *Le principe de droit privé*, précité.

¹⁸⁹ Ainsi pour Isaac et Blanquet, (Isaac et Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd. 2001), il existe trois catégories de principes généraux : « les principes généraux du droit », qui seraient communs à l'ensemble des systèmes juridiques, comme le caractère contradictoire du procès, ou le principe général de sécurité juridique, les principes généraux du droit international public, les principes généraux communs aux droits des Etats membres. Dans cette présentation, il existerait également à côté de ces principes généraux, d'autres principes (les droits fondamentaux des personnes, les autres principes à caractère fondamental, et les principes à caractère technique). Le Mémento Lefebvre (Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Droit communautaire*, 2003) dégage lui 4 catégories de principes généraux selon leur source : les principes généraux de droit international, les principes généraux de droit, les principes de droit dégagés des droits internes des Etats membres et les droits fondamentaux. Simon (Simon D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd. 1997, PUF) distingue lui les droits fondamentaux, les principes découlant de la Communauté de droit et les principes structurels.

Entre ces deux modèles extrêmes, se situent le Conseil constitutionnel et la Cour internationale de justice. D'une part, ces deux juridictions alimentent une catégorie et d'autre part, elles instrumentalisent d'autres expressions pour aboutir à la reconnaissance d'une norme ou à la prévalence d'une règle. Au niveau national, le Conseil constitutionnel identifie les composants de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et, parallèlement, par le biais du recours aux principes, libertés et droits qualifiés de « fondamentaux », il détient des instruments de prévalence qui imposeront que l'essence même du principe, de la liberté ou du droit soit préservée. Au plan international, la Cour internationale de Justice reconnaît les règles qui intègrent la catégorie du *jus cogens* en les qualifiant d'impératives ou de supérieures et elle peut utiliser à des fins créatrices les expressions de principe fondamental, essentiel, cardinal ou *erga omnes*.

Cette convergence, quelle que soit la théorie de l'interprétation à laquelle on se rattache, étaye, une fois encore, l'affirmation du pouvoir créateur des juges. Elle semble n'aller guère plus loin tant les équivalents fonctionnels mis à jour semblent divers.

En définitive, à la diversité des utilisations de l'expression « principes fondamentaux » s'ajoute la diversité des équivalents fonctionnels : certains ne sont connus que d'une, voire deux juridictions, et restent d'utilisation rare (essentiel, supérieur) ; d'autres sont utilisés par toutes les juridictions, mais dans des conceptions divergentes (principe général) ; enfin, toutes emploient des variations de type synonymique aux lieu et place de « principe » (règle, exigence).

4. 2 – L'analyse comparée des principes fondamentaux et des équivalents fonctionnels

Cette première impression de dispersion résultant de l'étude des principes fondamentaux et des équivalents fonctionnels devant toutes les juridictions suprêmes impose que l'on en recherche les causes. Sans que l'on puisse prétendre expliquer l'intégralité de ces variantes, il est néanmoins apparu, de la comparaison des outils lexicaux des différentes juridictions suprêmes, que des tendances convergentes sont observables si la comparaison se fait par ordre juridique, juridictions de l'ordre interne et juridictions de l'ordre international partageant des conceptions communes plus marquées (4.2.1). Ces germes de cohérence

pourraient être renforcés par le perfectionnement des situations dans lesquelles le vocabulaire employé est le plus instable (4.2.2).

4. 2. 1 - Les tendances convergentes au sein de chaque ordre juridique

Sans réussir à systématiser l'intégralité des positions des juridictions, le raisonnement par ordre juridique permet de constater des cohérences plus nettes. La catégorie « principes fondamentaux » connaît une identité assez forte dans l'ordre interne (4.2.1.1). Cette clarté se perd devant les juridictions internationales qui utilisent l'expression sans rigueur apparente. En revanche, les juridictions de l'ordre international s'accordent sur une conception commune de l'un des équivalents fonctionnels, celui de « principes généraux » (4.2.1.2).

4. 2. 1. 1 – Les principes fondamentaux devant les juridictions suprêmes de l'ordre juridique étatique : une catégorie à valeur constitutionnelle

Nous avons déjà constaté que, pour deux juridictions nationales (le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat), le principe fondamental renvoie à la matière constitutionnelle, par référence à l'article 34 de la Constitution ou à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ou par l'identification d'une norme de référence pour le contrôle du juge constitutionnel. La construction de ce champ incombe donc au Conseil constitutionnel qui fait varier les équivalents fonctionnels autour de l'adjectif « fondamental » en identifiant des « règles fondamentales », des « libertés fondamentales », voire des « droits fondamentaux »¹⁹⁰. Sans entrer dans le débat sur le rôle créateur du juge constitutionnel, il apparaît que l'utilisation de l'adjectif fondamental situe le droit, la liberté ou la règle dans le champ constitutionnel protégé par le Conseil et impose en conséquence un examen attentif des dispositions qui y porteraient atteinte. On peut ainsi trouver la motivation selon laquelle : *« Considérant que s'il incombe au législateur, compétent, aux termes de l'article 34 de la Constitution, pour fixer « les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer, il ne saurait le faire, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits*

¹⁹⁰ Sur ces équivalents, Cf. Annexe VI.

*et libertés, qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »*¹⁹¹. Les expressions renvoient à des droits, des libertés et des règles de rang constitutionnel ce que le Conseil constitutionnel précise parfois : *« Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel... »*¹⁹².

De façon dès lors assez cohérente, les équivalents fonctionnels construits autour de l'adjectif fondamental s'ajoutent aux principes à valeur constitutionnelle sans qu'il soit ici le lieu d'entrer dans les diverses classifications doctrinales qui assimilent ou non les principes fondamentaux aux principes à valeur constitutionnelle.

Cette conception, au plan national, du fondamental comme relevant du domaine constitutionnel permet de comprendre la position lexicale du Conseil d'Etat. N'intervenant pas, le plus souvent, dans la construction des principes fondamentaux (à l'exception remarquable de l'arrêt Koné dans lequel la haute juridiction administrative identifie un principe fondamental reconnu par les lois de la République), le Conseil d'Etat s'interdit l'utilisation de l'expression « principe fondamental » pour créer du droit ou faire prévaloir une règle, de même qu'il n'emploie pas l'adjectif « fondamental » hors des normes déjà identifiées comme constitutionnelles. D'ailleurs, dans les hypothèses exceptionnelles où la Haute juridiction administrative s'éloigne de l'expression précise « principes fondamentaux », c'est pour rebaptiser ces règles de « principes à valeur constitutionnelle »¹⁹³. L'association entre l'adjectif fondamental et la valeur hiérarchique de rang constitutionnel est donc claire. Qui plus est, la juridiction administrative, extrêmement vigilante sur la cohérence de cette catégorie, refuse de qualifier de « principe fondamental » toute règle ne partageant pas ce rang

¹⁹¹ Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 Loi relative à l'emploi de la langue française ; pour d'autres exemples, v. Annexe VI.

¹⁹² Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

¹⁹³ Pour le principe de la libre administration des collectivités territoriales, voir CE, 1 et 2 SSR, 21 mars 2003, n° 250777 ; pour le principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, CE, 4 et 1 SSR, 24 septembre 1999, n° 196923.

hiérarchique, renommant au besoin les énoncés traditionnels devant les autres juridictions. Cette position trouve une illustration dans la terminologie adoptée par la juridiction administrative s'agissant du « principe de faveur » présenté par la Cour de cassation comme un principe fondamental, et renommé à plusieurs reprises par le Conseil d'Etat « principe général du droit du travail »¹⁹⁴.

Cette rigueur terminologique du Conseil d'Etat explique que la juridiction n'ait pas élaboré d'outils autour de l'adjectif « fondamental » et qu'elle lui ait préféré celui de « général »¹⁹⁵.

Dans l'ordre interne, classiquement présenté sous une forme pyramidale chapeauté, en droit positif, par la norme constitutionnelle, l'adjectif « fondamental » permet de situer le principe invoqué à ce degré. Cette proximité lexicale du fondamental et du constitutionnel semble très persistante puisqu'elle peut s'appuyer sur une certaine tradition historique¹⁹⁶. Cette affectation des termes n'est en revanche pas partagée, au niveau national, par la Cour de cassation, dont le vocabulaire très hétérogène avait déjà été souligné¹⁹⁷. La juridiction judiciaire ne réserve pas le qualificatif « fondamental » aux normes constitutionnelles. Cette dissonance est regrettable et source d'incohérence au sein d'un même ordre juridique. Elle se comprend aisément par le rôle assumé par chaque juridiction dans l'ordre interne : touchant à la répartition des pouvoirs, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat sont chacun amenés à surveiller le respect des règles constitutionnelles. En revanche, même si la Cour de cassation est occasionnellement amenée à se référer à des règles constitutionnelles¹⁹⁸, sa fonction ne fait d'elle ni un gardien de la répartition de ces compétences¹⁹⁹, ni un juge du respect des règles constitutionnelles. La présence assez faible de ce qualificatif dans les décisions rendues par la Cour de cassation se justifie par conséquent assez largement. Il est toutefois possible d'espérer que, lorsque la Cour de cassation entend signifier l'importance d'une règle, qui pour autant n'est pas d'ordre constitutionnel, elle lui préfère le qualificatif d' « essentiel », afin de préserver la cohérence de la catégorie « principes fondamentaux » dans un même ordre.

¹⁹⁴ C.E. 6 octobre 1999, M. Benne ; 8 juillet 1994, CGT ; 27 juillet 2001, Fédération nationale des transports FO. Sur ce principe et sa circulation d'une juridiction à une autre, Cf. *infra*, 5.1 – Le principe fondamental de faveur.

¹⁹⁵ Voir les principes généraux du droit, *supra* 4.1.2.2 - L'émergence de catégories juridiques.

¹⁹⁶ Cf. *infra*, Annexe I et *supra*, Introduction.

¹⁹⁷ De Béchillon M., *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998. pp.169-181.

¹⁹⁸ Cf. De Lamy B., « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire », R.D.P. 2002, n° 3, p. 781

¹⁹⁹ Les compétences de l'ordre judiciaire en matière de contrôle de légalité des règlements laissent mettre rarement en œuvre les règles constitutionnelles.

4. 2. 1. 2 - Les principes généraux devant les juridictions suprêmes de l'ordre juridique international : une catégorie reconnue

On ne peut s'étonner de ne pas retrouver dans l'ordre international une utilisation des « principes fondamentaux » similaire à celle faite dans l'ordre interne : l'ordre international reste un ordre moins parfait, moins structuré, et ses règles constitutionnelles ont une normativité relative. Moins intimement liée à une nature constitutionnelle, l'utilisation de l'expression « principes fondamentaux » y perd en cohérence²⁰⁰. En revanche, l'un des équivalents fonctionnels employés par les juridictions suprêmes de l'ordre international est construit en catégorie très déterminée, celle de « principes généraux ».

En effet, la recherche des équivalents fonctionnels a conduit à examiner, le plus souvent par sondage, l'utilisation faite par les juridictions de l'expression « principe général » ou « principes généraux ». Cet examen a permis de constater que, pour la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, la référence aux « principes généraux » renvoie aux sources du droit international, qu'il s'agisse des « principes généraux du droit international »²⁰¹ (ou des principes du droit international généralement reconnus) ou des « principes généraux reconnus par les nations civilisées ». Ces catégories sont bien assises. Contrairement aux juges de l'ordre interne français, la Cour internationale de justice dispose d'un guide lui indiquant les sources du droit à mettre en œuvre²⁰². Conscient de sa nature fondamentalement incomplète, l'ordre international ne pouvait se limiter aux conventions et coutumes pour résoudre les litiges, au risque tant redouté de *non liquet*. Le recours aux principes généraux, instrument par excellence de comblement des lacunes, est donc expressément prévu, au travers de la formule maladroite de « principes généraux reconnus par les nations civilisées »²⁰³. Par sa fonction même, la catégorie tend à être de moins en moins utilisée : plus le droit international s'élabore et se perfectionne, moins le recours aux principes généraux de l'article 38 est utile. La consécration des principes généraux comme source complémentaire du droit international est donc d'abord l'œuvre du législateur international²⁰⁴. Les principes généraux du droit international, quant à eux, sont des règles d'une grande généralité, permettant de condenser plusieurs normes autour d'un concept unique (ainsi en est-il du principe d'égalité des Etats).

²⁰⁰ Cf. *supra*, 2.

²⁰¹ Ex. Albanie contre R.U. du 9 avril 1949, affaire du Détroit de Corfou, évoque le principe de la liberté des communications maritimes

²⁰² Statut de la Cour Internationale de Justice, art. 38.

²⁰³ Sur cette catégorie, v. Annexe III et les indications bibliographiques.

²⁰⁴ La catégorie est également connue d'autres conventions internationales.

Deux juridictions suprêmes de l'ordre international restent scrupuleusement fidèles à cette conception. La Cour internationale de justice, au premier titre, identifie les composants de ces deux catégories²⁰⁵. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, c'est par référence à ces sources du droit international qu'elle emploie le plus fréquemment l'expression « principe général »²⁰⁶. Le recours si fréquent à de telles sources résulte d'articles de la convention mentionnant les dits principes généraux. Les arrêts les plus nombreux se réfèrent aux principes du droit international généralement reconnus figurant dans l'ancien article 26 (actuel article 35) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui a trait aux conditions de recevabilité de la requête. On trouve ensuite des arrêts qui mentionnent les principes généraux reconnus par les nations civilisées auxquels fait référence l'article 7 alinéa 2 de la convention, ainsi que les principes généraux du droit international auxquels renvoie l'article 1 du protocole 1. Ici encore, la reconnaissance de la catégorie est principalement l'œuvre du législateur, dont la juridiction assure l'application.

Ajoutons, qui plus est, que la Cour emploie également des expressions telles que « principes du droit international »²⁰⁷, qui montrent son adhésion au vocabulaire du droit international : la catégorie encore peu développée des principes du *jus cogens*²⁰⁸ est connue et exploitée en tous points par la Cour européenne qui, en cela, se positionne essentiellement en juge de l'ordre international. Préférant par ailleurs souvent développer des instruments spécifiques, propres à la région européenne et à la matière fondamentale qui caractérisent sa compétence, elle fait preuve ici d'un grand classicisme dans le maniement de l'outil « principe général », privilégiant le rattachement au droit international général. La filiation est parfois exprimée expressément, la Cour européenne utilisant à titre de précédent des décisions de la Cour internationale de justice. Ainsi, dans l'affaire Loizidou du 28 juillet 1998 « *La Cour rappelle le principe général voulant que les Etats supportent eux-même leurs frais dans les procédures contentieuses devant les tribunaux internationaux (voir par exemple, l'article 64 du statut de la Cour internationale de justice et l'avis consultatif de cette Cour sur « la demande en révision du jugement n°158 du tribunal administratif des Nations Unies » (§48).*

²⁰⁵ Cf. Annexe III.

²⁰⁶ Dans 333 arrêts sur 447, l'expression « principe général » se situe dans une référence à une source du droit international qu'il s'agisse des principes du droit international généralement reconnus, des principes généraux du droit international ou des principes généraux reconnus par les nations civilisées.

²⁰⁷ Voir par exemple CEDH, Arrêt Sreletz, Kessler et Krenz contre Allemagne du 22 mars 2001, Arrêt Al-Adsani contre Royaume-Uni du 21 nov. 2001, Arrêt Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie du 6 février 2003.

²⁰⁸ V. D. Carreau, Dalloz international, voir *jus cogens*

Cet attachement au vocabulaire du droit international explique que l'expression « principe général » n'ait pas été adoptée par la Cour européenne pour construire un champ spécifique de principes issus de la Convention.

Cette cohérence autour de la conception internationale classique des principes généraux n'est pas partagée par la Cour de justice des Communautés européennes. Bien qu'elle reconnaisse expressément que le droit communautaire est soumis aux règles du droit international public, sa position est plus celle d'une sujétion que celle d'une affiliation. En effet, les principes généraux du droit international semblent plus ressentis par le juge communautaire comme devant être respectés que devant être contrôlés. Juge d'un ordre régional hautement intégré, la Cour de justice des Communautés européennes semble plus en retrait à l'égard de l'application directe des règles du droit international. L'application du seul droit de l'ordre communautaire mène déjà à l'utilisation de sources extrêmement diversifiées, auxquelles la Cour de justice des Communautés européennes ne semble pas trouver nécessaire d'adjoindre des règles du droit international général. Ainsi, face à une lacune, le juge communautaire trouvera plus pertinent pour son ordre de recourir à une règle déduite des traités fondateurs ou d'un examen des traditions constitutionnelles communes qu'à un principe reconnu par les nations civilisées. En définitive, au lieu et place des principes généraux du droit international classique, la Cour de justice des Communautés européennes préfère une catégorie propre au droit communautaire, les « principes généraux du droit communautaire »²⁰⁹.

Le schéma explicatif d'ensemble permet par conséquent de dessiner des tendances lexicales propres à chaque ordre. Les tendances ne sont pas pour autant unanimement suivies. Cela emporte au moins deux conséquences :

- les divergences de vocabulaire au sein d'un même ordre peuvent être perçues comme des divergences conceptuelles : ainsi, la qualification par la Cour de cassation du principe de faveur comme « fondamental » pourrait signifier que cette juridiction souhaiterait lui voir reconnaître une valeur constitutionnelle²¹⁰. Il est malheureusement également envisageable que les divergences ne soient pas tant conceptuelles que lexicales et que la Cour de cassation ait seulement entendu souligner l'importance de la règle. En ce cas, il est possible d'émettre le

²⁰⁹ Sur ce point et sur l'attachement de la Cour de justice des Communautés européennes au contrôle du respect du seul droit communautaire, Cf. Annexe V.

²¹⁰ Sur les incertitudes nées des divergences de vocabulaire autour de ce principe, Cf. *infra*, partie 5.

vœu d'un ralliement de la Cour de cassation à l'utilisation constante et ferme de l'adjectif fondamental faite par les autres juridictions suprêmes de son ordre, afin de renforcer la cohérence de l'ordre interne. La divergence de vocabulaire existant dans l'ordre international est moins génératrice d'incohérence : la Cour de justice des Communautés européennes développant ses propres sources et ses propres méthodes de résolution des conflits, spécifiques à l'ordre juridique régional dont elle assure le contrôle, l'originalité de ses utilisations lexicales n'est qu'un symptôme de sa spécificité dans l'ordre international général.

- il est impossible de dégager du droit positif, une notion juridique du « principe fondamental », ou même du « principe général », uniforme, absolue et vérifiable dans tous les ordres. La recherche menée sur les principes fondamentaux devant les juridictions suprêmes rappelle ainsi la relativité des ordres juridiques : il n'existe pas une notion de droit, une façon de faire du droit, une série prédéterminée et valable de manière absolue d'outils normatifs, mais des choix faits par des systèmes. Ordre interne et ordre international n'ont pas fait les mêmes choix dans leur construction des outils « principes fondamentaux » et « principes généraux ». Cette constatation se trouve souvent masquée par la doctrine qui construit une notion à prétention universelle de « principe général » ou « fondamental » et la recherche ensuite auprès des différentes juridictions, sans s'attacher aux terminologies retenues par les juridictions.

4. 2. 2 – Les principales sources d'instabilité lexicale

Au-delà de l'existence de catégories juridiques distinctes, selon les ordres mais aussi selon les juridictions, l'analyse de l'utilisation faite des « principes fondamentaux » mais aussi de leurs équivalents fonctionnels ont mis en évidence deux tendances plus préoccupantes. D'une part, toutes les juridictions recourent à la facilité consistant à désigner une règle sous le seul nom de « principe », dénué d'adjectif ; toutefois, devant certaines juridictions, cette disparition de l'adjectif peut être source de trouble quant à la valeur réelle de la règle (4.2.2.1). D'autre part, deux juridictions – la Cour de cassation et la Cour de justice des Communautés européennes – restent hermétiques à toute tentative de systématisation en raison de la variabilité importante de leur vocabulaire (4.2.2.2).

4. 2. 2. 1 – L'utilisation du terme « principe » dépourvu de qualificatif

De la juridiction dont le vocabulaire est le plus stable (le Conseil d'Etat) à la juridiction dont la terminologie semble la moins fixée (la Cour de justice des Communautés européennes), toutes les juridictions employant un principe fondamental ou général abandonnent, dans certaines décisions, l'emploi de l'adjectif qualificatif.

Pour le vérifier, une interrogation que nous avons qualifiée de « croisée » a été entreprise. Il s'agissait d'interroger les bases de données en adjoignant au contenu d'un principe qualifié de fondamental (ou de général) par la juridiction, le seul vocable « principe » (exemple pour la Cour européenne des droits de l'homme, principe pre/2 prééminence du droit ou encore principe pre/2 publicité, pour la Cour de justice des Communautés européennes principe pre/1 égalité ou encore principe pre/1 sécurité juridique).

Il résulte de ces interrogations que toutes les juridictions étudiées utilisent le terme de « principe » seul pour désigner un principe posé ailleurs comme fondamental ou comme général. Ainsi le Conseil d'Etat peut qualifier de « principe », le principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur²¹¹ ou le principe fondamental de la libre administration des collectivités territoriales²¹². L'examen des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme permet d'affirmer que tous les principes fondamentaux, à la seule exception du principe fondamental de l'indépendance des barreaux, apparaissent également comme des « principes », sans mention d'aucun adjectif (par exemple, pour le principe de la présomption d'innocence²¹³). De façon similaire, certains principes sont qualifiés de « fondamental » par la Cour de justice des Communautés européennes dans certaines décisions et sont visés uniquement sous la dénomination de « principe » dans d'autres arrêts (principe d'égalité, principe de confiance légitime, principe de sécurité juridique...)²¹⁴. La Cour internationale de justice peut également n'adjoindre aucun qualificatif à un principe qu'elle a qualifié de fondamental et mentionne souvent les « règles et principes du droit international », sans autre précision. Le Conseil constitutionnel peut désigner des principes fondamentaux reconnus par les lois de la

²¹¹ Par exemple, CE, 4 et 5 SSR, 7 juin 2004, n° 251173.

²¹² CE, 6 et 4 SSR, 23 février 2000, n° 168541.

²¹³ Englert c. Allemagne, 25 août 1987 ; Deweer c. Belgique, 27 février 1980 ; pour les autres expressions utilisées pour qualifier cette règle, Cf. *infra*, Annexe IV.

²¹⁴ Voir Annexe V.

République comme « principes » sans modifier leur nature juridique (principe de légalité des délits et des peines, principe de la nécessité des peines, principe de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, principe des droits de la défense, principe de la liberté de conscience, principe d'indépendance des professeurs d'université)²¹⁵. La Cour de cassation a posé le principe fondamental d'égalité de traitement et l'a, souvent, repris comme un simple « principe »²¹⁶.

Le même phénomène a pu être observé pour les juridictions dont l'instrument créatif est l'expression « principe général ». Maintes fois, le Conseil d'Etat n'a pas mentionné le caractère de principe « général » du principe d'égalité ou du principe du respect des droits de la défense. Quant à la Haute juridiction communautaire, qui qualifie parfois de « général » les principes d'égalité ou de confiance légitime, elle reprend souvent ces garanties sans aucun qualificatif²¹⁷.

Au-delà du constat, trois propositions semblent pouvoir être formulées pour expliquer la reprise de principes fondamentaux ou de principes généraux sous la seule forme de « principe ». Toutefois, aucune des trois explications, ni même les trois explications conjointes ne peuvent prétendre rendre compte de toutes les situations. L'utilisation parfaitement rationnelle des termes dans ce champ semble, en effet, un mythe.

- La construction d'un principe fondamental et le chaînage des arrêts par les juridictions européennes

L'analyse lexicale des décisions rendues par les juridictions européennes ne peut faire abstraction d'une particularité tenant à leur culture rédactionnelle. En effet, la méthode de rédaction de ces juridictions se rapproche plus de la culture juridique de *common law* que de la tradition française²¹⁸. On ne saurait dès lors être surpris de divergences terminologiques importantes entre ces deux juridictions et les juridictions de l'ordre interne. Cette frontière est particulièrement sensible pour les instruments à haute teneur jurisprudentielle que sont, par leur nature même, les « principes ». Ceux-ci ne sont pas élaborés et perpétués de manière similaire dans les systèmes connaissant la règle du précédent.

²¹⁵ Voir Annexe VI.

²¹⁶ Pour illustration, Cass. Soc. 31 janvier 2002, *Bull. civ. V.* n°47 ; Cass. Soc. 7 juillet 2004. n° 01-46725.

²¹⁷ Voir Annexe V.

²¹⁸ Sur ces différences, voir David R. et Jauffret-Spinosi C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11^e éd. 2002, n° 288 et s

Ainsi, les deux juridictions européennes étudiées sont des acteurs essentiels de la construction de la jurisprudence communautaire et conventionnelle car elles citent, dans leurs décisions, le ou les précédents arrêts qui guident leur raisonnement dans l'affaire examinée. Elles pratiquent donc l'autocitation qui constitue un chaînage des arrêts, fort utile pour le chercheur qui tente de comprendre la construction d'une jurisprudence²¹⁹.

Selon que la juridiction (communautaire ou européenne des droits de l'homme) renvoie à un précédent qui utilise ou non l'adjectif, l'arrêt qu'elle rend emprunte une formulation ou une autre. L'autocitation permet ainsi d'expliquer des oscillations de vocabulaire. Par exemple, postérieurement à sa consécration comme un principe fondamental, le principe de la prééminence du droit est apparu, dans les arrêts de la Cour, soit comme un « principe fondamental » par référence à l'arrêt *Klass*²²⁰, soit sans la qualification de principe fondamental dès lors que les arrêts citaient, non l'arrêt *Klass*, mais l'arrêt *Golder* de 1975 qui posait le principe de prééminence du droit sans qualificatif²²¹. D'une façon similaire, le principe de confiance légitime reçoit le qualificatif de fondamental dans le cadre de certains contentieux mais apparaît comme un simple principe dans d'autres types de contentieux qui ne font alors plus référence aux mêmes arrêts. La méthode de la distinction, propre à la tradition de *common law*, justifie ainsi les variations terminologiques.

- La disparition de l'adjectif pour cause d'évidence

Dans un certain nombre de décisions, un « principe général » ou un « principe fondamental » établi est présenté comme un simple « principe » et cette omission de l'adjectif ne permet pas pour autant de supposer que la norme a perdu sa dimension « fondamentale » ou « générale ». Ainsi par exemple, le Conseil constitutionnel ne précise pas, dans chacune de ses décisions, le caractère fondamental du principe d'égalité, pas plus qu'il ne vise un fondement textuel précis alors même qu'il ne fait aucun doute que cette norme appartient au bloc de constitutionnalité (principe d'égalité devant la loi, principe d'égalité devant les charges publiques ou principe d'égalité sans autre précision). D'une manière strictement analogue, le Conseil d'Etat utilise parfois la seule dénomination de « principe » alors que le contexte de cet emploi permet très clairement de reconnaître la portée dudit principe, la décision se référant généralement à cet endroit à l'article 34 de la Constitution. Par

²¹⁹ La technique utilisée est exposée dans la deuxième partie du rapport (2. L'approche par l'expression « principe fondamental »).

²²⁰ Voir les arrêts *Salabiaku* contre France du 7 octobre 1988 (§28), Arrêt *Brogan* et autre contre Royaume-Uni du 29 novembre 1988 (§58). Voir par exemple CJCE, 5 octobre 1994, C-133/93, C-300/93 et C-362/93.

²²¹ CEDH Arrêt *Malone* contre Royaume-Uni du 2 août 1984 ; CEDH Arrêt *Silver* et autres contre Royaume-Uni du 25 mars 1983.

conséquent, devant ces deux juridiction, le terme de « principe » apparaît comme un simple synonyme de « règle » ou de « norme », dont la valeur dans la hiérarchie reste clairement identifiable par le contexte de l'expression utilisée²²².

Concernant la Cour de justice des Communautés européennes, il apparaît même nettement que nombre de principes présentés comme « fondamentaux » ou comme « généraux » (principe d'égalité, principe de confiance légitime, principe de sécurité juridique) apparaissent beaucoup plus fréquemment encore sans l'adjectif qualificatif.

Plus que d'une utilisation erratique des termes, l'emploi du terme « principe » seul semble résulter de l'évidence, du caractère complètement acquis de la protection. En ce sens on peut constater que, dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe fondamental de la prééminence du droit (présenté comme un principe fondamental ou comme un principe), n'apparaît plus, depuis mai 2000, sous la forme « principe fondamental de la prééminence du droit ». L'adjectif a disparu. Mais aucune des conséquences qui lui sont attachées n'a, cependant, été remise en cause.

Sans doute, si le rang de la norme était à nouveau contesté ou que le besoin d'une « piqûre de rappel » se fasse sentir, l'adjectif pourrait resurgir.

- La commode ambiguïté du terme « principe »

Le terme « principe » substitué à d'autres expressions (principe fondamental, principe général...) pourrait dissimuler des incertitudes quant au fondement de la règle.

Ainsi, la liberté individuelle, précédemment protégée par le Conseil constitutionnel au titre des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, est désormais présentée comme un principe à valeur constitutionnelle dont le fondement serait l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Une modification du vocabulaire peut donc trahir un changement de fondement de la norme appliquée.

Dans un contexte où un grand nombre de garanties similaires (faute de pouvoir les affirmer rigoureusement identiques) sont affirmées au niveau international, européen, communautaire et national, la seule mention du terme « principe » pourrait constituer un moyen commode pour éviter de situer le contenu par référence à une source déterminée. Les échanges qui ont, une période durant, animés la doctrine publiciste concernant le principe d'impartialité tel que présenté par le Conseil d'Etat dans 3 arrêts du 3 décembre 1999²²³, en

²²² Cf. Annexes VI et VII.

²²³ CE, Ass. 3 décembre 1999. Didier ; CE, Ass. 3 décembre 1999. Leriche ; CE, Ass. 3 décembre 1999. Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf.

sont le témoignage. Le principe d'impartialité retenu dans les trois espèces n'était ni clairement rattaché à l'article 6 § 1 de la Convention européenne, ni qualifié de principe général du droit, ce qui a conduit les auteurs à des interprétations divergentes quant au fondement dudit principe. Il est apparu ensuite, dans les arrêts société Labor Métal du 23 février 2000 et S.A. Entreprise Razel Frères et M. Le Leuch du 6 avril 2001²²⁴, que le Conseil d'Etat concevait un principe d'impartialité similaire, dans ses exigences, à la garantie d'impartialité issue de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais ne reposant néanmoins pas sur ce fondement. Le principe sera ultérieurement identifié par la doctrine comme un principe général du droit²²⁵.

En définitive, si toutes les juridictions suprêmes s'accordent sur l'utilisation du terme « principe », dénué de qualificatif, cet élan commun sème plus de troubles qu'il n'en dissipe : la catégorie « principe » recouvrant des manifestations de valeurs différentes et remplissant des fonctions différentes, la précision de l'adjectif ne devrait pas être occultée.

4. 2. 2. 2 – L'instabilité du vocabulaire utilisé par certaines juridictions

Deux juridictions (la Cour de cassation et la Cour de justice des Communautés européennes) font varier leur vocabulaire au point que leurs choix n'apparaissent plus rationnels. Tenter de percevoir une logique est une gageure mais évoquer des pistes de compréhension reste possible.

4. 2. 2. 2. 1 – La Cour de justice des Communautés européennes : la distinction principe fondamental / principe général

Le vocabulaire utilisé par la Cour de justice des Communautés européennes est peu aisé à systématiser : derrière des indices de distinction entre les différentes catégories de principe, règne en réalité la plus grande confusion.

²²⁴ « Considérant dès lors, que le principe d'impartialité applicable à toutes les juridictions administratives fait obstacle à ce que le rapporteur d'une chambre régionale des comptes participe au jugement de comptes dont il a eu à connaître à l'occasion d'une vérification de gestion ; qu'il s'ensuit... »

²²⁵ Sudre F., « A propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP* ed. G. 2000. II. 10267 ; M. Guyomar « Le principe vu par le Conseil d'Etat », in *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative*, AJDA 2001. p.518-525 ; Maillot J.L., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003.

A priori, il pourrait paraître logique d'estimer qu'il existe deux catégories juridiques clairement identifiées pour la Cour de justice des Communautés européennes : les principes fondamentaux d'une part et les principes généraux d'autre part. En effet, dans l'affaire Factortame²²⁶, la Cour de justice des Communautés européennes propose une distinction entre les principes fondamentaux et les principes généraux qui laisserait supposer l'existence de ces deux catégories : « *en l'absence dans le traité de dispositions réglant de façon expresse et précise les conséquences des violations du droit communautaire par les Etats membres, il appartient à la Cour dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit (...) de statuer sur une telle question selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire et le cas échéant à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des Etats membres. C'est d'ailleurs aux principes généraux communs aux droits des Etats membres que l'article 215 du traité renvoie en matière de responsabilité extracontractuelle (...) Ce principe (...) n'est qu'une expression du principe général commun dans les ordres juridiques des Etats membres selon lequel une action ou omission illégale entraîne l'obligation de réparer le préjudice subi* ».

Mais l'arrêt reste isolé et l'utilisation des deux expressions par la Cour de justice des Communautés européennes paraît beaucoup plus irrégulière, tout au plus peut-on relever certaines tendances. L'utilisation de l'expression « principes généraux » peut tout d'abord être suscitée par le texte même du traité. Une série de 32 décisions visent les principes généraux communs en faisant expressément référence à l'article 288 du traité (ex article 215), seul article du traité à utiliser les termes de principes généraux. Cet article prévoit « *qu'en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions* ».

La référence par la Cour de justice des Communautés européennes à des droits fondamentaux qu'elle identifie par le recours à la Convention européenne des droits de l'homme ou à des principes communs aux Etats membres s'est cristallisée dès 1970 dans une formulation faisant référence aux principes généraux : « *Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux*

²²⁶ Arrêt Factortame, CJCE, 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93.

Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »²²⁷. Dans les arrêts ultérieurs, la Cour de justice des Communautés européennes admettra que la Convention européenne des droits de l'homme constitue une des sources privilégiées d'inspiration et la Cour se référera de manière appuyée à la Convention pour reconnaître la plupart des droits et des libertés : « *selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 revêt à cet effet une signification particulière* »²²⁸.

L'expression « principe général », telle qu'utilisée par la Cour de justice des Communautés européennes, apparaît également plus adaptée à la fonction d'extension du champ d'application d'une règle. Reconnue dans un domaine, une règle qualifiée de « générale » peut être étendue à d'autres domaines. S'agissant du principe d'égalité, une rationalité peut être dégagée. Principe d'abord reconnu dans des domaines spécifiques, l'adjectif « général » aurait permis d'étendre son champ d'application. Plus tardivement reconnu comme principe à part entière du droit communautaire, la Cour l'aurait ensuite qualifié de « fondamental ». En tant que principe général, le principe d'égalité peut également appartenir aux principes fondamentaux. Ainsi, un principe général renverrait à une tradition commune aux Etats membres, et pourrait faire partie des principes fondamentaux du droit communautaire. Un même principe peut donc être à la fois général et fondamental, ce qui renforce encore l'impression de confusion terminologique.

La confusion peut encore être accrue : ainsi, le principe d'égalité est le plus souvent qualifié de « principe général », mais il peut également être qualifié de « fondamental » ou simplement de « principe ». A ces expressions interchangeable peuvent s'ajouter toutes les terminologies spécifiques de la Cour de justice des Communautés européennes pouvant tenir lieu d'équivalent fonctionnel pour le comblement des lacunes ou l'extension de la règle : « exigence fondamentale », « disposition juridique fondamentale », « principes généraux communs » et autres « droits fondamentaux compris dans les principes généraux du droit

²²⁷ CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11-70

²²⁸ Voir par exemple, CJCE, 22 octobre 2002, C-94/00.

communautaire »²²⁹. Et pour parfaire l'impression de dispersion, aucune hiérarchie ne semble pouvoir être assurément établie entre ces différentes expressions²³⁰.

Cette utilisation très diversifiée de sources souvent spécifiques et originales à l'ordre communautaire donne une impression assez nette de flottements terminologiques de la Cour de justice des Communautés européennes²³¹. Ceux-ci ne sont pratiquement jamais mentionnés par les auteurs. La plupart des manuels²³² analysent « les principes généraux » comme une catégorie juridique identifiée sinon identifiable, mais l'analyse est détachée de toute référence au vocabulaire utilisé par la Cour de justice des Communautés européennes, sans que cela, à quelques exceptions près, soit précisé. A lire la plupart des manuels, on pourrait croire que l'analyse est fondée sur les termes mêmes des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, alors qu'elle se fonde sur une construction doctrinale de cette catégorie. F. Picod souligne cependant dans son article sur les « principes généraux » que « *la terminologie utilisée ne semble pas d'un grand apport à cet égard. Un même principe est tantôt qualifié de principe général, tantôt qualifié de règle ou de principe fondamental sans que l'on puisse en dégager une conclusion décisive* »²³³. De même, D. Simon souligne que l'« *on ne peut tout d'abord s'empêcher de relever les incertitudes qui affectent la terminologie utilisée par le juge communautaire pour identifier les principes généraux auxquels il fait appel* »²³⁴.

4. 2. 2. 2 – La Cour de cassation : la constance dans la dispersion

Les investigations réalisées concernant les équivalents fonctionnels l'ont montré : la Cour de cassation utilise plusieurs instruments de création du droit. Nous avons relevé les références au principe fondamental, au principe général, au principe essentiel, à la règle fondamentale et enfin au principe.

Il est difficile de construire des notions juridiques bien déterminées autour du vocabulaire employé par la Cour de cassation puisque certains contenus sont présentés sous

²²⁹ Pour le détail de ces expressions, cf. Annexe V.

²³⁰ Cf. Annexe V.

²³¹ Cf. *supra*.

²³² Rideau J., *Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2002 ; Isaac et Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd. 2001 ; Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Droit communautaire*, 2003 ; Simon D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd. 1997, PUF ; Boulouis J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Domat, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1997 ; Van Raepenbush S., *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, DeBoeck Université, 2^{ème} éd. 1998 ; Cartou L., *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd. 2002 ; Picod F., « Les principes généraux », in A. Barav, et C. Philip, *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, 1993 ; Kovar R., *Jurisclasseur Europe*, v^o Ordre juridique communautaire, 1994.

²³³ Picod F., « Les principes généraux », précité.

²³⁴ « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire », *Revue Droit*, 1991

des formes différentes. Nous avons déjà relevé que la prohibition du témoignage des descendants dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps est qualifiée une fois de principe fondamental et une fois de règle fondamentale²³⁵. De même l'exigence que le prévenu, le condamné ou son avocat ait la parole le dernier est posée comme un principe général ou comme une règle fondamentale²³⁶.

La réflexion sur les outils de création du droit par la Cour de cassation ne se trouve guère simplifiée lorsque l'on constate que si les principes essentiels de procédure sont bien rigoureusement identiques aux principes fondamentaux de procédure²³⁷, l'affirmation d'un principe général de la procédure s'en distingue largement. En effet si les deux premières expressions servent à justifier l'ouverture d'une voie de recours en principe fermée alors qu'il y a violation d'un tel principe, la dernière sert à étendre la règle selon laquelle le prévenu ou son avocat doit avoir la parole le dernier.

L'observation des résultats permet de souligner deux traits marquants :

- Pour un contenu donné, la Cour de cassation varie peu d'instrument. Le principe de libre exercice d'une activité professionnelle est toujours présenté comme fondamental²³⁸. Toutefois, le même contenu peut être désigné différemment selon les contentieux. S'agissant de la règle qui impose que la défense ait la parole en dernier dans le contentieux pénal, elle est qualifiée de « règle générale et fondamentale »²³⁹ lorsque la Cour de cassation étend le champ d'application de l'article 346 du code de procédure pénale s'agissant des débats concernant les incidents contentieux réglés par un arrêt, mais elle est imposée au nom des « principes généraux » du droit pour les audiences devant la chambre de l'instruction, pour les audiences sur le contentieux relatif à l'exécution des peines devant la juridiction de jugement ainsi que pour les audiences sur les relèvements d'une interdiction, d'une déchéance, d'une incapacité ou d'une mesure²⁴⁰. Sans référence exprès ici au précédent, la reprise de la ligne

²³⁵ Règle fondamentale in Cass.crim. 5 février 1980. *Bull.crim.* 1980. n°47 ; Cass.crim. 4 janvier 1985. *Bull.crim.*1985. n°11.

²³⁶ Référence à un principe général : Cass. Crim. 17 mai 1984. *Bull. Crim.* n°183 et Cass. Crim. 1 février 1994. Pourvoi n°93-85190, Cass. Crim. 4 janvier 1994. pourvoi n°93-81809, Cass. Crim. 16 janvier 1996, Cass. Crim. 31 janvier 1996 ; référence à une règle fondamentale Cass. Crim. 3 déc. 1997 et Cass. Crim. 1^{er} avril 1998, *inédits* ; Cass. Crim. 25 nov. 1998, *Bull. Crim.* n° 316, p. 906 ; Cass. Crim. 12 mai 1999, *inédit*.

²³⁷ Les principes essentiels de procédure constituent une expression antérieure à celle de principes fondamentaux de procédure. Voir Annexe VIII.

²³⁸ Les interrogations croisées ont permis d'en avoir la certitude. De plus la chambre sociale a rendu 15 arrêts en citant ce principe entre la fin décembre 2002 (date à laquelle ont été arrêtées les investigations sur l'expression « principe fondamental ») et juillet 2004 (date des dernières investigations sur les équivalents fonctionnels pour la Cour de cassation).

²³⁹ La référence la plus ancienne portée sous l'article 346 du code Dalloz cite un arrêt du 20 février 1913.

²⁴⁰ La Cour de cassation vise toujours un texte conjointement avec la référence aux principes généraux du droit. Pour ces contentieux, sont visés 199 CPP ou 460 et 513 CPP ou 703 CPP, mais pas 346 CPP.

jurisprudentielle est apparente. Ainsi, avec le temps, à la dispersion originelle du vocabulaire s'est ajoutée une habitude rédactionnelle qui a cristallisé ces flottements.

- Certaines chambres de la Cour de cassation semblent avoir des inclinations terminologiques particulières. La chambre sociale de la Cour de cassation a construit le principe de faveur et le libre exercice d'une activité professionnelle en les qualifiant de principe fondamental. La chambre criminelle en revanche n'utilise guère, au moins dans la période récente²⁴¹, cette locution et paraît préférer la référence aux principes généraux (du droit ou autre) ou à la règle fondamentale. Les chambres civiles utilisent le terme principe mais semblent éviter de lui ajouter un qualificatif. Mais évidemment cela ne constitue qu'une tendance, la rigueur ne semblant pas de mise.

5 – L'approche transversale de quelques principes fondamentaux

La méthode suivie jusqu'à présent a principalement utilisé comme matériau d'analyse une étude approfondie des décisions juridiction par juridiction. Il ne pouvait guère en être autrement et seule cette approche permettait de cerner les logiques semblant gouverner chaque juridiction. La transversalité était ensuite obtenue au stade de l'analyse des résultats ainsi observés. Cette démarche a permis de constater l'hétérogénéité de l'emploi de l'expression « principe fondamental » et de ses équivalents fonctionnels entre les différentes juridictions et, parfois, au sein des décisions rendues par une même juridiction.

Une autre approche est alors parue nécessaire : il s'agissait de travailler non plus à partir des juridictions et de leur vocabulaire, mais à partir des principes et de leur contenu. Pour ce faire, la démarche consistait à sélectionner quelques exemples de principes fondamentaux et à procéder à une analyse poussée de leur statut devant chaque juridiction suprême.

Ce changement d'angle semblait présenter deux avantages.

D'une part, l'étude poussée des différentes positions jurisprudentielles sur une même règle matérielle devait valider les conclusions formulées tout au long de la recherche collective : dispersion de la terminologie entre juridictions, équivalences fonctionnelles,

²⁴¹ Cf. annexe VIII.

flottement terminologique pour certaines juridictions, rigueur pour d'autres, le tout en dépit du contenu identique du principe.

D'autre part, la démarche transversale était seule à même d'ajouter une nouvelle dimension à l'étude : puisqu'il existe, derrière la diversité terminologique, une identité de contenu, peut-être constaterions-nous un phénomène de contagion du principe, de diffusion d'une juridiction à l'autre ? Une règle est-elle façonnée de façon indépendante par chaque juridiction, recourant alors à son vocabulaire familier, pour se retrouver par une sorte de coïncidence devant plusieurs juridictions ? Ou bien naît-elle devant une juridiction, avant d'être reprise par les autres ? Dans ce dernier cas, les juridictions suivantes reprennent-elles également la terminologie utilisée par la juridiction à l'origine de la création matérielle ou profitent-elles de l'importation pour lui substituer leur propre équivalent fonctionnel ?

C'est une évidence : pour mener une analyse transversale aux différentes juridictions, il fallait sélectionner des principes se retrouvant devant chaque juridiction avec le même contenu, sous la terminologie de « principe fondamental » ou d'un équivalent fonctionnel. Les énoncés identifiés devant chaque juridiction furent donc confrontés à la recherche d'un principe aussi universel. Une telle quête se révéla assez infructueuse. Au moment de la conception du projet de recherche, un tel constat aurait étonné : l'idée était encore sous jacente que les principes fondamentaux étaient légion dans la jurisprudence des cours suprêmes et qu'ils trahissaient des valeurs communes et quasi universelles, d'essence presque naturaliste. Mais les différentes étapes de la recherche ont systématiquement démenti cette vision intuitive : chaque juridiction, par la spécificité de son rôle et de l'ordre qu'elle chapeaute, construit ses propres principes considérés comme fondamentaux. Aussi, il ne fut guère surprenant qu'un seul principe fondamental paraisse universel. Malheureusement, ce principe n'était pas suffisant pour les vérifications recherchées par cette démarche et il devait être complété par des principes d'utilisation moins généralisée.

Un principe est immédiatement apparu comme commun à l'ensemble des juridictions suprêmes : celui du respect des droits de la défense²⁴². Pourtant, si sa sélection s'imposait, elle n'était pas entièrement satisfaisante. Sur le plan matériel, la très grande fréquence du recours à ce principe rendait une analyse exhaustive de la masse des décisions irréalisable. Une telle

²⁴² Il est qualifié de « principe » par la Cour de justice des communautés européennes, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme protège « les droits de la défense ». La Cour Internationale de Justice ne l'évoque pas.

ambition justifierait une recherche collective à part entière. L'analyse devait donc nécessairement être sélective. Surtout, sur le plan intellectuel cette fois, le principe du respect des droits de la défense semblait peu apte à la vérification de l'hypothèse de la contagion d'une juridiction par une autre. En effet, ce principe est inhérent à tout procès ; dès lors, il se retrouvait nécessairement devant chaque juridiction. Le fait qu'il ne puisse, dans les systèmes étudiés, exister une juridiction sans respect des droits de la défense rendait toute conclusion concernant une supposée contagion largement artificielle. Ainsi, si l'universalité du principe du respect des droits de la défense imposait sa sélection, elle ne permettait pas de s'en tenir à cette unique analyse transversale. Il fallut donc s'interroger sur des principes d'utilisation moins largement partagée et compléter la sélection.

Au regard de l'hypothèse de la contagion, le principe de sécurité juridique est aux antipodes du principe du respect des droits de la défense puisque sa diffusion d'une juridiction à l'autre est une hypothèse déjà formulée. En effet, la doctrine, principalement de droit public, a déjà à maintes reprises souligné la circulation d'un principe formulé au niveau européen avant d'influer les ordres internes²⁴³. La sécurité juridique était donc le candidat idéal à l'analyse transversale. Cependant, si la contagion du principe y est apparue plus tangible, elle n'était pas pour autant parfaite : règle bien assise pour les juridictions européennes, sa réception par les juridictions internes, bien que balbutiante, restait peu franche sur l'existence d'un réel principe. Il fallait donc, à nouveau, compléter l'étude transversale par un dernier principe, permettant de vérifier une éventuelle contagion, non des ordres internationaux à l'ordre interne, mais entre les différentes juridictions nationales.

Le principe de faveur fut retenu pour cette dernière fonction. Les étapes précédentes avaient permis de l'identifier dans des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Une rapide vérification a permis de le retrouver dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il était donc possible de faire une analyse exhaustive du recours à ce principe devant les différentes juridictions suprêmes de l'ordre interne. Qui plus est, par son contenu, le principe se présentait comme pouvant illustrer un exemple de contagion : prévoyant, en cas de conflit de normes, l'application de la règle la plus favorable au salarié, son origine semblait devoir être attribuée à la Cour de cassation, les autres juridictions reprenant par la suite le principe forgé dans l'ordre judiciaire. Il restait à vérifier cette hypothèse et, le cas échéant, à

²⁴³ Avant même sa consécration européenne, la règle existait dans le système allemand : v. Raimbault Ph., « Génèse du principe de sécurité juridique », *RIDC* 2002.

constater si le principe, lors de ces circulations, subissait des modifications, dans sa terminologie et dans sa fonction.

Trois principes vont donc être examinés : le principe « de faveur » (5.1), le principe de sécurité juridique (5.2) et le principe des droits de la défense (5.3).

5. 1 - Le principe fondamental de faveur

L'analyse du principe fondamental de faveur permet de vérifier une hypothèse de « circulation » d'un principe entre juridictions et d'en comprendre les processus. Certes l'utilisation de ce principe, à l'inverse du principe de sécurité juridique²⁴⁴, reste circonscrite aux seules juridictions nationales (Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'Etat). Ce caractère national est lié au contenu même de ce principe : il permet de déterminer la norme applicable au contrat de travail lorsque intervient un conflit de normes. Dans ce cas, c'est la norme la plus favorable qui doit recevoir application. Ce principe, sans être propre au droit du travail français²⁴⁵, concerne ainsi les rapports entre conventions collectives, et plus généralement les rapports entre les différentes sources du droit du travail. Comparativement à d'autres principes, comme là encore le principe de sécurité juridique, il reste quantitativement peu utilisé. La recherche informatique sur les bases de données a, en effet, permis d'identifier 54 décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation où le principe était retenu par celle-ci, 6 décisions du Conseil constitutionnel et 8 décisions du Conseil d'Etat. Là encore la teneur du principe, et le caractère récent de son affirmation, peuvent expliquer le nombre relativement restreint de décisions. Par là même, l'analyse de l'influence d'une juridiction sur une autre était rendue plus aisée.

Une précision terminologique s'impose au préalable. Les termes de « principe fondamental de faveur » ne sont, pour l'instant qu'un raccourci pratique, utilisé par la doctrine. La formule appartiendrait ainsi au « *langage des juristes et non au langage du droit. Aucun énoncé constitutionnel ou législatif des droits nationaux examinés n'emploie en effet cette appellation. En définitive, la formule « principe de faveur » rend compte d'une systématisation doctrinale élaborée à partir d'une série de mécanismes juridiques*

²⁴⁴ Cf. infra, partie 5.2.

²⁴⁵ D'autres pays peuvent connaître et appliquer ce principe, mais il n'est en rien un principe que l'on trouverait dans tous les droits du travail.

d'ordonnement des normes gouvernant la relation de travail »²⁴⁶. Les juridictions se réfèrent quant à elles à « un principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflits de normes c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »²⁴⁷ ou à des formulations équivalentes.

On trouve pour la première fois l'expression devant une juridiction dans une décision du Conseil constitutionnel de 1967²⁴⁸. Saisi par le premier ministre conformément à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, le juge constitutionnel doit se prononcer sur la nature juridique de certaines dispositions de la loi du 13 décembre 1926 portant Code du travail maritime afin de savoir si elles relèvent du domaine de la loi ou du règlement. L'article 26 de cette loi interdit le cumul entre la majoration légale pour les heures supplémentaires et les allocations spéciales prévues par « les conventions ou accords collectifs, les sentences arbitrales ou décisions administratives », sauf si, précise l'article 26, ces conventions ou accords collectifs ainsi que ces sentences arbitrales, « en disposent autrement ». Le Conseil constitutionnel considère alors que ces dispositions sont « une explicitation du principe énoncé à l'article 31 a, 2^e alinéa, du Code du travail » et selon lequel la convention collective de travail « peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur » ; que ce principe doit être rangé au nombre des principes fondamentaux du droit du travail placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution ; que la disposition dont il s'agit ressortit donc de la compétence du pouvoir législatif ». Ainsi le Conseil constitutionnel estime clairement que la règle énoncée par cet article qui était alors l'article 31a, 2^e alinéa du Code du travail (devenu aujourd'hui l'article L. 132-4 du Code du travail²⁴⁹) est un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution. Il en découle logiquement que la disposition relève du domaine de la loi. La qualification de « principe fondamental » n'a toutefois pas dans cette espèce de fonction propre. Elle permet simplement de ranger la disposition dont il est question dans le domaine de la loi en renvoyant aux principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution.

²⁴⁶ Vigneau C., « Le principe de faveur dans l'organisation du temps de travail en droit comparé », in *La recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, rapport à paraître.

²⁴⁷ Voir par exemple, Cass. Soc. 17 juillet 1996, Bull. V, n° 296.

²⁴⁸ Décision n° 67-46 L du 12 juillet 1967 Nature juridique de certaines dispositions des articles 25 et 26 de la loi du 13 décembre 1926 portant Code du travail maritime, telles qu'elles résultent de l'ordonnance n° 58-1358 du 27 décembre 1958.

²⁴⁹ Article L 132-4 c. trav. « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ».

Cette décision va rester isolée et il faudra attendre 1989²⁵⁰ pour que le Conseil constitutionnel ait à nouveau à se prononcer sur ce principe, pour réaffirmer dans des termes quasi-identiques que le principe de faveur est bien un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution.

Cependant, il faut noter qu'en 1973 le Conseil d'Etat a rendu, en formation consultative, un avis intéressant le principe de faveur²⁵¹. Certes ces avis n'entrent pas dans notre champ d'analyse. Nous avons néanmoins choisi de l'intégrer dans cette réflexion car il a eu une influence importante sur la doctrine et les juridictions. Dans cet avis, le Conseil d'Etat range au nombre des principes généraux du droit du travail, la faculté ouverte à la négociation collective d'accroître les garanties et avantages minimaux consentis aux travailleurs par la loi. C'est la première fois que ce principe reçoit dans l'ordre administratif ce qualificatif²⁵². Il faut toutefois remarquer que l'utilité de ce renvoi par le Conseil d'Etat à un principe général n'est pas évidente. En effet, l'article L 132-4 suffisait à répondre à la question posée par le ministre. L'avis cite d'ailleurs les termes de cet article et poursuit « *il résulte des termes mêmes de cet article que, conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle* ». L'avis du Conseil d'Etat laisse ainsi entendre que l'article L 132-4 n'est qu'une expression particulière d'un principe plus général. Au vue notamment de l'utilisation qui sera faite de cet avis devant le Conseil constitutionnel et en doctrine, il semble que les jalons soient alors posés pour une diffusion de ce principe.

²⁵⁰Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion. Les sénateurs saisissants estimaient que les dispositions de la loi déférée qui prévoyaient des mécanismes plus favorables, notamment en matière de formation et de licenciements, pour certaines catégories de salariés (les « salariés âgés » et les « salariés présentant des « caractéristiques sociales ») « portent atteinte au principe d'égalité ». Le Conseil constitutionnel va écarter ce moyen. Il considère tout d'abord que, sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 et de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, le législateur peut, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail laisser aux employeurs, aux salariés et à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte. Il ajoute « au surplus, constitue un principe fondamental du droit du travail le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements ».

²⁵¹ Avis n°310.108 du 22 mars 1973, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997, p.120 et suiv.

²⁵² Les principes généraux du droit étant considérés comme des équivalents fonctionnels des principes fondamentaux (cf. supra la partie sur les équivalents fonctionnels).

C'est à partir des années 1990 que le principe de faveur connaît son véritable essor. Un arrêt du Conseil d'Etat du 8 juillet 1994²⁵³ est souvent présenté en doctrine comme fondateur de cette jurisprudence. Pourtant, une analyse du contentieux montre que c'est la Cour de cassation qui la première évoque ce principe fondamental dans des arrêts de 1992²⁵⁴. Jusqu'en 1996, c'est un conflit entre l'article 616 du code civil local d'Alsace-Moselle et les dispositions moins favorables d'une convention collective qui sont en cause. La Cour de cassation énonce alors que « *s'il est possible de déroger par convention ou accord collectif aux dispositions de l'article 616 du code civil local, la dérogation ne peut pas, en vertu du principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'article L 132-4 c. trav. être opposée au salarié si elle est moins favorable à ce dernier* ». A nouveau, il faut constater que l'article L 132-4 permettait la résolution de ce conflit sans qu'il soit nécessaire de qualifier de fondamental le principe en cause. Sans doute faut-il rechercher dans le caractère atypique du conflit de normes dont il est question l'explication de l'usage du terme « fondamental ». Sa fonction est rhétorique et vient simplement à l'appui du raisonnement tenu par le juge. Ces décisions resteront peu commentées.

Car c'est bien effectivement l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 juillet 1994 qui marque une étape décisive dans l'évolution du principe de faveur. Dans cette décision, la légalité d'un décret était contestée car il permettait à des accords d'entreprise ou d'établissement d'allonger, jusqu'à deux ans, le délai d'un an fixé à l'article R.241-49 à l'issue duquel doit être renouvelé l'examen médical dont bénéficie tout salarié. Le Conseil d'Etat considère alors que « *conformément au principe général du droit du travail dont s'inspirent ces dispositions législatives (article L 132-4 c. trav.) et dont l'article L 132-26 du même code n'a eu ni pour objet ni pour effet de modifier la portée, le pouvoir réglementaire ne peut, sauf habilitation expresse, prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables aux travailleurs, que les dispositions qu'il a lui-même édictées* ». Le juge administratif donne ainsi à penser que le principe général de faveur aurait un champ d'application plus large que l'article L 132-4. Pourtant ici encore le renvoi à un principe général paraît essentiellement rhétorique dans la mesure où l'article L 132-4 suffisait à la résolution du litige²⁵⁵. D'autant que le Conseil d'Etat considérera en l'espèce que le principe n'est pas violé compte tenu des contreparties qui devaient être accordées aux salariés. Le

²⁵³ CE, 8 juillet 1994, Confédération générale du travail, *Rec. Lebon*, p. 356.

²⁵⁴ Cass. Soc. 25 novembre 1992, Bull. V n°573, et Cass. Soc. 25 novembre 1992, pourvoi n° 89-45131.

²⁵⁵ Prétot X., RJS, 12/94 p. 819.

même type de démarche est à l'œuvre devant le Conseil d'Etat dans une décision postérieure du 27 juillet 2001, avec une formulation plus claire : « *si en vertu du principe général du droit du travail selon lequel un accord collectif de travail peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur, le gouvernement pouvait prévoir que des accords collectifs de travail pourraient comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles fixées par ce décret, il ne pouvait, en l'absence d'habilitation législative expresse, prévoir que des accords collectifs pourraient déroger aux règles posées par le décret dans un sens défavorable aux salariés* »²⁵⁶.

En 1996, et quasiment simultanément, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel vont être amenés à se prononcer, dans des termes nouveaux, sur ce principe de faveur.

Si, dans un arrêt du 16 juillet 1996²⁵⁷, la Cour de cassation reprend la solution en passe de devenir classique dans le conflit entre l'article 616 du code civil alsacien-mosellan et une convention collective, les arrêts du 17 juillet 1996²⁵⁸ marquent un tournant dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci consacre alors le principe de faveur dans 4 arrêts où est en cause un conflit entre des articles du code civil relatifs aux congés annuels et les dispositions réglementaires du statut du personnel d'entreprises publiques. La Haute juridiction pose ce principe dans un visa particulièrement explicite : « *vu le principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ». Une double évolution est ici à l'œuvre : le principe apparaît en dehors de toute référence textuelle et il a vocation à s'appliquer dans l'hypothèse de conflits entre des normes d'origine diverses. Partant, dans un arrêt du 8 octobre 1996²⁵⁹, le principe fondamental de faveur servira au règlement d'un conflit entre un usage et une convention collective.

Dans ces arrêts, le conflit de normes dont avait à juger la Cour de cassation dépassait le champ d'application de l'article L 132-4. L'article L 132-4 n'est d'ailleurs pas le seul texte à organiser l'articulation des sources en droit du travail. On retrouve également cette idée à

²⁵⁶ CE, 27 juillet 2001, Fédération nationale des transports Force ouvrière, RJS 1/02 n° 107.

²⁵⁷ Cass. Soc. 16 juillet 1996, pourvoi n° 93-45048. Entre 1992 et 1996, une dizaine d'arrêts ont été rendus par la Cour de cassation relatifs à ce conflit de normes et utilisant cette expression.

²⁵⁸ Cass. Soc. 17 juillet 1996, Bull. V n° 296 et 297 et pourvois n° 95-41614 et 95-41831

²⁵⁹ Cass. Soc. 8 octobre 1996, Bull. V n° 315.

l'article L 135-2²⁶⁰ visant les relations entre accords collectifs et contrat de travail, à l'article L 132-13²⁶¹ visant les relations entre conventions collectives elles-mêmes et l'article L 132-23²⁶² visant les relations entre conventions collectives de branche et conventions collectives d'entreprise. Le qualificatif de fondamental sert donc un raisonnement d'extension du champ d'application des textes du droit du travail. Ce principe fondamental de faveur est donc « *une règle dégagée par induction amplifiante à partir de ces deux dispositions²⁶³ et de quelques autres (article L 132-13, L 132-23 c. trav.). Une règle dont la teneur propre, de plus haut niveau de généralité excède la sommation des teneurs de ces normes légiférées et appréhende des situations dont celles-là ne traitaient point* »²⁶⁴.

Depuis, la Cour de cassation fait régulièrement usage de ce principe dans trois types de conflits de normes du travail. D'autres arrêts se sont à nouveau prononcés sur le conflit entre l'article 616 du code civil local d'Alsace Moselle et des dispositions de conventions collectives (un arrêt est relatif également au code de commerce local). La Cour de cassation lie alors ce principe à l'article L 132-4 c. trav. Il est vrai que dans ces conflits sont en cause des dispositions législatives et les dispositions de conventions collectives et que l'article L 132-4 pourrait trouver à s'appliquer sans qu'il soit même véritablement nécessaire d'invoquer un principe fondamental. Le deuxième type de contentieux concerne, comme dans les arrêts de 1996, un conflit entre le code du travail, et plus particulièrement l'article L 200-1 et L 223-1, et le statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel. Mais la grande majorité des arrêts concerne un conflit entre l'article L 200-1 du code du travail et le statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946²⁶⁵. Le « *principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* » apparaît alors le plus souvent en visa et détaché de toute référence textuelle. On peut voir là une certaine cohérence de la Cour de cassation puisque effectivement la relation loi/convention collective n'est pas en cause dans ces litiges. Enfin, dans quelques arrêts, où l'on ne retrouve d'ailleurs

²⁶⁰ « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ».

²⁶¹ « Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ».

²⁶² La convention ou les accords d'entreprise ou d'établissements peuvent adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés. La convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés ».

²⁶³ Articles L 132-4 et L 135-2.

²⁶⁴ *Les grands arrêts du droit du travail*, op.cit. p.665

²⁶⁵ Plus de 30 arrêts de la Cour de cassation traitent de cette question.

pas la référence textuelle à l'article L 132-4 c. trav., le principe sera utilisé pour régler un conflit entre contrat de travail et usage ou entre usage et convention collective²⁶⁶. Un arrêt utilise une formulation plus atypique. Après avoir visé le principe fondamental, il évoque la règle fondamentale du droit du travail selon laquelle « *la situation du salarié est régie, en principe, par la norme la plus favorable* »²⁶⁷.

Si c'est en 1996 que le principe de faveur connaît ainsi une nouvelle impulsion devant la Cour de cassation, c'est en 1996 également que des requérants devant le Conseil constitutionnel vont mobiliser ce principe²⁶⁸. Pour les requérants, députés et sénateurs, il s'agit de faire admettre la valeur constitutionnelle du principe de faveur qu'ils considèrent comme étant constitutif d'un « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». En effet, pour eux, l'article 6 de la loi déferée, qui permet des procédures nouvelles de conclusion de conventions ou d'accord collectifs de travail, éventuellement en l'absence de représentation syndicale, serait contraire au principe de faveur. Ils estiment que ce principe, « *fondateur de la démocratie sociale* » très lié au « *principe de représentativité* », est « *lumineusement énoncé par l'article L. 132-4 du code du travail* » qui dispose que « *la convention et l'accord collectif peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* ». Au-delà du caractère un peu lyrique de ces propos, l'argumentation, particulièrement celle des sénateurs est très fournie. Le principe est défini, ses sources historiques précisées. Il est à cet égard particulièrement intéressant de noter qu'une importante partie de l'argumentation se fonde sur l'avis du Conseil d'Etat de 1973, sur les décisions du 25 novembre 1992 de la Cour de cassation et sur des décisions du 11 octobre 1994 qui reprennent les principes de 1992. Au total, à la lecture des lettres de saisine, il ne fait pas de doute que l'emploi de l'expression principe fondamental de faveur n'a qu'un but : faire admettre par le Conseil constitutionnel sa valeur constitutionnelle au travers de la technique des « principes fondamentaux reconnus par les loi de la République ». Sa fonction est bien alors celle d'une création-extension de règle. Le gouvernement, en réplique, réfute l'argumentation des saisissants d'une double manière, en se situant successivement sur les deux terrains du principe fondamental de faveur (principe fondamental de l'article 34 et/ou principe à valeur constitutionnel). En effet, d'une part, il estime que ce principe n'est pas une norme de valeur constitutionnelle mais un principe fondamental du droit du travail au sens de

²⁶⁶ Cass. Soc. 10 avril 2002, pourvoi n° 00-41001 et Cass. Soc. 27 mars 2001, pourvois n° 98-44292 et 98-44285.

²⁶⁷ Cass. Soc. 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44285.

²⁶⁸ Décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996 Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

l'article 34 de la Constitution que le législateur doit définir et le cas échéant limiter. L'expression principe fondamental renvoie donc ici clairement aux principes fondamentaux de l'article 34. D'autre part, le gouvernement considère que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte au principe de faveur. Elles n'ont pas cet objet car elles n'ouvrent aucun domaine de négociation nouveau par rapport aux dispositions du code du travail. Elles n'ont pas cet effet, car si les dispositions prises isolément ne sont pas nécessairement plus favorables à chaque salarié, leur bilan d'ensemble peut, lui, leur être favorable. Cette fois-ci le gouvernement est bien sur le terrain d'une éventuelle violation d'une norme de valeur juridique supérieure, autrement dit l'expression principe fondamental renvoie ici à la valeur constitutionnelle du dit principe. La décision proprement dite du Conseil constitutionnel manque quant à elle de netteté. Tout d'abord, il est permis de constater les réserves terminologiques qu'il manifeste en parlant de « *principe dit de faveur* ». *A fortiori*, ne qualifie-t-il pas lui même ce principe de principe fondamental. Ensuite, il considère, que « *les dispositions contestées n'ont pas pour objet de modifier les règles de fond relatives à la conclusion de conventions ou d'accords collectifs dérogatoires moins favorables aux salariés que des dispositions législatives et réglementaires ou des accords en vigueur ; qu'elles se bornent à prévoir des procédures nouvelles de conclusion de conventions ou d'accords collectifs de travail ; que dès lors le grief tiré de la méconnaissance du principe dit « de faveur » invoqué par les requérants manque en fait* ». Ce faisant le Conseil constitutionnel ne se prononce donc pas sur le caractère constitutionnel du principe de faveur.

Le même type de remarque peut-être fait à propos de la décision de 1997²⁶⁹. Les sénateurs requérants, de façon très circonstanciée, contestent l'article 4 de cette loi qui permet aux plans d'épargne retraite de déroger à l'article L. 132-13 alinéa 2 du Code du travail et peut ainsi conduire à ce que les salariés se voient imposer des règles moins favorables que celles adoptées dans le cadre de convention ou d'accords, conclus postérieurement et de niveau supérieur. Ils reprennent une argumentation très proche de celle développée à l'occasion de la décision du 6 novembre 1996. A nouveau l'avis du Conseil d'Etat de 1973 est invoqué, ils y ajoutent la décision du Juge administratif du 8 juillet 1994. Les décisions de la Cour de cassation de juillet 1996, affirmant dans leurs visas l'existence d'un « *principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable qui doit recevoir application* », viennent en renfort. Il ne fait aucun doute que pour

²⁶⁹ Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 Loi créant les plans d'épargne retraite.

les saisissants l'expression principe fondamental renvoie à un principe de rang constitutionnel. Tout comme en 1996, le Gouvernement en réplique réaffirme que le « principe de faveur » énoncé par certaines dispositions du code du travail n'a pas le caractère d'une norme de valeur constitutionnelle, mais d'un principe fondamental du droit du travail, au sens de l'article 34 de la Constitution (n° 89-257 DC du 25 juillet 1989). Cette fois-ci également, la réponse du Conseil constitutionnel ne permet pas de clairement trancher le débat relatif à la valeur du principe de faveur. Certes, il est tout d'abord permis de remarquer que les réticences terminologiques du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la règle dont il est question sont moins vives puisqu'il accepte désormais de parler de « principe de faveur » sans autre précaution stylistique. Toutefois, il ne qualifie pas ce principe de principe fondamental. Ensuite, il considère que *« la seule disposition introduite par la loi du 24 juin 1936 sous la forme d'un article 31 du Code du travail selon laquelle « les conventions collectives ne doivent pas contenir de dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur, mais peuvent stipuler des dispositions plus favorables » a trait uniquement à la faculté ouverte à des accords collectifs de comporter des stipulations plus favorables que les lois et règlements en vigueur ; que dès lors le moyen tiré de cette disposition est inopérant »*. A nouveau, comme en 1996, le Conseil constitutionnel, en écartant ce moyen, ne se prononce pas sur le caractère constitutionnel du principe de faveur.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel devient plus limpide à partir de 2003²⁷⁰. Comme ils l'avaient fait dans les deux décisions précitées, les députés auteurs de la saisine estiment que le principe de faveur est un principe fondamental reconnu par les lois de la République et développent une longue argumentation afin de démontrer l'ancrage républicain, historique (application constante et suffisante dans la législation antérieure à 1946), textuel (loi du 24 juin 1936) du dit principe. Les références qui sont alors faites à la position des juges administratifs et judiciaires sont encore plus étayées et les requérants manifestent clairement leur volonté de voir le Conseil constitutionnel s'inspirer de la position de ces juges. Le gouvernement en réplique étaye lui aussi son argumentation. Tout d'abord et très explicitement, il continue d'affirmer que ce principe *« tel qu'il résulte notamment des articles L 132-13, L 132-23 et L 132-4 du code du travail, ne saurait se voir reconnaître valeur constitutionnelle. La place éminente qu'il occupe dans le droit des relations du travail tient à sa nature de principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la*

²⁷⁰ Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

Constitution. Il appartient donc au législateur d'en définir et, le cas échéant, d'en limiter la portée, comme il l'a fait à de nombreuses reprises au cours des dernières années, notamment en matière de durée du travail. Mais l'on ne saurait confondre les principes qui fondent la compétence du législateur avec ceux qui limitent l'exercice de cette compétence ». Le gouvernement estime d'ailleurs que tel est le sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁷¹ et la position du Conseil d'Etat tant par les avis de ses formations administratives (avis d'Assemblée générale du 22 mars 1973) que par ses décisions contentieuses²⁷².

La décision du Conseil lève enfin toute ambiguïté. Elle refuse d'admettre la valeur constitutionnelle du principe de faveur en estimant que *« le principe ainsi invoqué ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, par suite, le grief n'est pas fondé »*. Cette lecture, très restrictive de la loi de 1936, indique très clairement que le principe de faveur, qui n'est d'ailleurs jamais qualifié de fondamental par le Conseil constitutionnel, n'a pas le statut de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » et donc n'a pas valeur constitutionnelle. Il faut remarquer que le juge constitutionnel semble ainsi avoir choisi de clore ce débat puisque certains arguments juridiques pouvaient le conduire à éluder à nouveau cette question pour conclure à ce que le moyen manquait en fait.

En 2004²⁷³, le Conseil constitutionnel confirme sa position de 2003 tout en la précisant. Cette fois-ci les députés auteurs de la saisine ne cherchent plus à faire valoir le caractère constitutionnel du principe de faveur en s'abstenant de développer une argumentation en termes de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Ils se placent sur un autre terrain, déjà rencontré dans les observations du Gouvernement, en soutenant que le principe de faveur est un principe fondamental mais cette fois-ci au sens de l'article 34 de la Constitution. La loi doit être censurée non pas parce qu'elle est contraire à un principe constitutionnel mais parce que le législateur n'a pas exercé la plénitude de sa compétence. Le Conseil constitutionnel répétant que le principe de faveur ne saurait être regardé comme un

²⁷¹ Au vue des décisions n°67-46 L du 12 juillet 1967 et n°89-257 DC du 25 juillet 1989.

²⁷² CE Ass., 8 juillet 1994.

²⁷³ Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004 Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946, énonce très clairement qu'en revanche, il « *constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée* ». On retrouve ainsi la position qu'il avait adoptée en 1967. Passant les dispositions de la loi déferée au crible de cette règle, il conclut à la constitutionnalité de cette loi.

En conclusion, chacune des juridictions a eu à se prononcer sur le principe de faveur. Il est ainsi un principe fondamental au sens de l'article 34 pour le Conseil constitutionnel, il s'agit d'un principe général du droit pour le Conseil d'Etat et il est un principe fondamental pour la Cour de cassation. Les différences de nature des contentieux dont connaissent ces juridictions peuvent expliquer les différences dans la fonction jouée par la qualification de fondamental ou de général du principe de faveur. Si le Conseil d'Etat qualifie le principe de général, l'utilité du recours aux principes généraux n'est pas manifeste, car la valeur législative du principe de faveur n'est pas contestée. Un décret peut toujours être annulé s'il permet à une convention collective d'être moins favorable que la loi. La fonction du recours au « principe général » est donc essentiellement rhétorique devant le Conseil d'Etat. Pour la Cour de cassation en revanche, la qualification joue un rôle d'extension de la loi, encore faut-il remarquer le rôle assez marginal joué par ce principe dans le contentieux du travail. Le code du travail contient en effet les articles traduisant ce principe et qui permettent de régler la plupart des conflits de normes. C'est la raison pour laquelle la grande majorité des arrêts traitent de conflits très spécifiques qu'il s'agisse du conflit entre une disposition du code du travail et les statuts réglementaires de certains agents publics ou de celui impliquant le code civil d'Alsace-Moselle. Enfin, concernant le Conseil constitutionnel, c'est certainement la juridiction devant laquelle la qualification de fondamental revêtait les enjeux les plus importants : la qualification de fondamental pouvant renvoyer soit aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et donc à une fonction de création/extension, soit aux principes fondamentaux de l'article 34, et donc simplement à une catégorie juridique. C'est cette seconde option que le Conseil Constitutionnel choisira.

Quant à notre hypothèse de circulation du principe de faveur entre les différentes juridictions, elle semble confirmée par les renvois opérés par les requérants devant le Conseil constitutionnel. Même si le Conseil constitutionnel n'a pas répondu favorablement à leur argumentation, celle-ci s'appuyait sur les décisions des autres juridictions et a conduit le

Conseil constitutionnel à se positionner. Il est en revanche beaucoup plus difficile de mesurer les influences réciproques qui ont pu avoir lieu entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. En l'absence d'accès aux documents préparatoires des décisions, seule la proximité temporelle des décisions rendues laisse présager d'une telle influence. Enfin il faut noter l'importance du rôle de la doctrine dans cette diffusion du principe : le principe de faveur a pu être évoqué par la doctrine avant les décisions de 1992²⁷⁴. Les arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et les décisions du Conseil constitutionnel ont été largement commentés. La production doctrinale²⁷⁵ a ainsi sans nul doute contribué à la connaissance du principe par les juridictions.

5. 2 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions suprêmes

Selon l'hypothèse de départ, le principe de sécurité juridique trouverait son origine dans les arrêts des juridictions européennes et se serait diffusé auprès des juridictions nationales. Le premier temps de la recherche devait donc être consacré à l'analyse des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un second temps, il convenait d'analyser les décisions des juridictions nationales. Suivant les options méthodologiques adoptées pour l'étude des principes fondamentaux, on a repéré de manière systématique l'utilisation du principe de sécurité juridique dans toutes les décisions de ces juridictions suprêmes. Il a fallu procéder à une identification exhaustive, à partir de la base de données juridiques Lamyline, de ces décisions et à leur dépouillement. Pour leur repérage, on a eu recours à l'interrogation par les termes « sécurité juridique » ou « sécurité s/3 juridique », sachant que seules les décisions dans lesquelles le principe est mobilisé par la juridiction ont été analysées et non celles où le principe est simplement invoqué par les parties à l'instance sans être repris par la juridiction.

²⁷⁴ Par exemple, Aliprantis N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980.

²⁷⁵ Voir notamment, Jeammaud A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit Social* 1999, p. 115. Bocquillon F., « Que reste-t-il du « principe de faveur » », *Droit Social* 2001, p. 255. Pélissier J., « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges dédiés à Michel Despax*, Univ.sc.soc. Toulouse, 2002, p. 289. Pélissier J., Lyon-Caen A., Jeammaud A., Dockès D., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2004, p. 662.

5. 2. 1 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions européennes

Chronologiquement, la Cour de justice des Communautés européennes est la première des deux juridictions européennes à avoir consacré le principe de sécurité juridique²⁷⁶, en s'inspirant parfois des droits nationaux des États membres²⁷⁷ ou du droit communautaire lui-même²⁷⁸, mais sans jamais qu'aucun texte ne lui fournisse de base. Aussi, dans l'ordre juridique communautaire, le principe de sécurité juridique tire sa positivité d'une consécration par la Cour de justice des Communautés européennes. Il est une norme de création jurisprudentielle. La Cour de justice des Communautés européennes se fonde d'ailleurs systématiquement sur « une jurisprudence constante » et/ou cite des arrêts antérieurs lorsqu'elle applique le principe de sécurité juridique. Si bien que l'on peut repérer, dans l'ensemble des arrêts rendus dans lesquels elle utilise le principe, des lignes jurisprudentielles marquées, des courants inaugurés par des arrêts fondateurs.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle s'est référée à la doctrine de la Cour de justice des Communautés européennes pour consacrer à son tour le principe dans son propre ordre juridique. En effet, le premier arrêt dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme mobilise le principe de sécurité juridique et, partant, l'arrêt par lequel ce principe acquiert le statut de règle de droit positif dans l'ordre juridique européen²⁷⁹ renvoie expressément à un arrêt du 8 avril 1976 de la Cour de justice des Communautés européennes²⁸⁰. On a ainsi pu établir un lien entre la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour européenne des droits de l'homme et montrer la diffusion du principe d'une juridiction à l'autre.

²⁷⁶ Le premier arrêt dans lequel la Cour de justice des Communautés européennes mobilise le principe de sécurité juridique est un arrêt du 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute Autorité de la CECA*, 42 et 49/59. Il concerne la question du retrait d'un acte administratif. Cependant, le principe n'est que rapidement évoqué et la Cour de justice des Communautés européennes s'attache à en limiter l'empire. Les parties faisaient valoir qu'un retrait avec effet rétroactif et une révision des montants qu'elles avaient payés dans le passé se heurtaient « au principe selon lequel le retrait d'avantages acquis est inadmissible ». Pour la Cour, « cette allégation méconnaît que le principe du respect de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue, mais que son application doit être combinée avec celle du principe de légalité ». Dans ce premier arrêt, le principe de sécurité juridique ainsi nommé n'avait pas été invoqué par les parties.

²⁷⁷ Voir par exemple un arrêt du 21 sept. 1983 (205-215/82), qui renvoie à « une étude des droits nationaux des États membres en matière de retrait d'actes administratifs et de répétition de prestations financières indûment versées par l'administration publique » dont il résulte « que le souci d'assurer, sous des formes différentes, un équilibre entre, d'une part, le principe de la légalité et, d'autre part, le principe de sécurité juridique et de la confiance légitime est commun aux droits des États membres ». Voir aussi l'évocation de la racine allemande du principe (*Vertrauensschutz*) dans un arrêt du 4 juillet 1973 (1/73).

²⁷⁸ Voir les arrêts où la Cour de justice des Communautés européennes dit faire application d'un principe général de sécurité juridique *inhérent à l'ordre juridique communautaire*.

²⁷⁹ CEDH 13 juin 1979, N° 2/1978/25/40, *Marckx*.

²⁸⁰ CJCE 8 avril 1976, 43/75, l'arrêt *Defrenne*. Cet arrêt, certes, n'emploie pas la formule « principe de sécurité juridique », mais évoque « des considérations impérieuses de sécurité juridique ».

5. 2. 1. 1 - La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

La Cour de justice des Communautés européennes utilise la notion de sécurité juridique dans un grand nombre de décisions (plus de 470 – entre 2 et 15 % des décisions rendues chaque année, sans que l'on puisse constater une recrudescence dans l'utilisation des termes par la juridiction au fil du temps). Elle utilise également une grande variété d'énoncés. Toutefois, dans le plus grand nombre de décisions dans lesquelles la Cour utilise la notion de sécurité juridique, elle évoque un principe. Dans plus de la moitié des cas, le principe est nommé par la locution « principe de (la) sécurité juridique ». Dans les autres décisions, la juridiction utilise des expressions proches : principe de la sécurité des situations juridiques, principe fondamental de sécurité juridique, principe général de (la) sécurité juridique ou associe le principe à un autre principe et évoque alors, par exemple, le principe de confiance légitime et de sécurité juridique. Dans d'autres décisions, la juridiction parle d'exigence(s). La Cour de justice des Communautés européennes utilise aussi la notion de sécurité juridique sans préciser qu'il s'agit d'un principe ou d'une exigence (elle utilise des formules telles que garantir ou assurer la sécurité juridique). Elle évoque aussi l'intérêt de la sécurité juridique ou se réfère encore à des considérations, impératifs, motifs ou raisons de sécurité juridique.

S'agissant des décisions dans lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes utilise la notion de sécurité juridique en évoquant un principe, elle ne lui donne pas de qualification particulière. Elle mentionne simplement le principe de (la) sécurité juridique. C'est seulement dans un petit nombre d'arrêts que la juridiction qualifie le principe de fondamental (12 décisions) ou de général (34 décisions). Là encore, on peut repérer des lignes jurisprudentielles inaugurées par un arrêt fondateur dans lequel la Cour procède à l'une ou l'autre des qualifications. Dans ce premier arrêt où elle qualifie le principe de principe général ou fondamental, elle se réfère à un arrêt antérieur dans lequel elle n'utilisait pas de qualificatif. Puis, dans des arrêts postérieurs, mobilisant le principe sur une même question de droit, elle peut abandonner le qualificatif retenu. Il paraît alors difficile de déterminer les raisons qui conduisent la Cour à qualifier de fondamental ou de général le principe de sécurité juridique et de dire que les qualifications renvoient à des concepts différents.

La formule utilisée par la Cour de justice des Communautés européennes – principe de sécurité juridique ou autres locutions proches – ne dit rien du contenu du principe. Toutefois, le principe de sécurité juridique a bien une substance normative. Dans un arrêt rendu le 15 février 1996 (C-63/93 Fintan Duff), la Cour de justice des Communautés européennes donne

une sorte de définition : le « *principe de sécurité juridique (...) exige que les règles de droit soient claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire* ». Il reste que, en fait, dans les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, sous le « principe de sécurité juridique », plutôt qu'une définition, on rencontre différentes règles. En effet, sous l'expression, la juridiction utilise des formules standards qui prennent valeur de règles. Ces règles sont des applications particulières du principe de sécurité juridique, sont déduites du principe de sécurité juridique, qui fournit ainsi solutions à divers problèmes juridiques. Cette diversité est particulièrement remarquable. Dans certains arrêts, la Cour de justice des Communautés européennes souligne elle-même la multiplicité de ses applications en relevant que le principe mobilisé dans tel arrêt, s'agissant de telle question de droit, est compétent, en l'espèce, pour résoudre un autre problème juridique. Ainsi en est-il, par exemple, dans un arrêt du 12 novembre 1981 (212 à 217/80) : la Cour de justice des Communautés européennes mobilise le principe de sécurité juridique et de confiance légitime à propos d'une question de clarté et de prévisibilité de la législation communautaire mais rappelle que le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication. De même, dans un arrêt rendu le 20 novembre 1997 (C-338/95) s'agissant d'une question de clarté et de précision d'une réglementation, la Cour renvoie à un arrêt du 21 septembre 1983 (Deutsche Milchkontor, 205/82 à 215/82), rendu en matière de répétition d'aides communautaires indûment versées, admettant que « *les principes du respect de la confiance légitime et de la sécurité juridique font partie de l'ordre communautaire* ».

C'est en tenant compte des problèmes à propos desquels il est mobilisé, de ses lieux d'application, que l'on a tenté de recenser les règles que la Cour de justice des Communautés européennes « rattache » au principe de sécurité juridique. On peut ainsi dresser une liste de règles procédant d'une inspiration commune de sécurité juridique. On s'aperçoit alors que le principe de sécurité juridique est particulièrement riche et l'on peut noter que, de cette richesse, découle l'imprécision de son contenu.

Le principe de sécurité juridique comprend une exigence de précision des actes créateurs d'autres règles. Il est mobilisé pour juger de la précision d'actes, qu'il s'agisse d'actes communautaires ou du droit des États membres. Dans un arrêt fondateur du 9 juillet 1981 (169/80 Gondrand Frères), la Cour décide que « *le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu'il*

puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence ». Les arrêts postérieurs citeront cet arrêt et se référeront à une jurisprudence constante²⁸¹. Par ailleurs, dans 4 décisions, le principe sera qualifié de fondamental dans ce contexte²⁸². S'agissant des règles de droit des États membres, dans l'arrêt fondateur du 30 janvier 1985 (143/83. Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark), la Cour énonce que « *les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent (...) une formulation non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions d'en assurer le respect* ». Cet arrêt servira de référence dans des arrêts postérieurs²⁸³. Dans le prolongement de ces arrêts, la Cour énonce que le principe requiert, à peine de nullité, que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit être expressément indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu (16 juin 1993 C-325/91 République française contre Commission des Communautés européennes) : « *ainsi que la Cour l'a jugé à maintes reprises, la législation communautaire doit être claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés. Cet impératif de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu* ». Dans cet arrêt, la Cour décide que la Commission, en adoptant un acte visant à produire des effets juridiques sans indiquer expressément la disposition du droit communautaire dont procède sa force obligatoire, a violé *le principe de sécurité juridique* qui fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour doit assurer le respect. On voit donc que, sur une même question de droit, les énoncés (principe, impératif ...) et les qualificatifs (fondamental, général ...) peuvent varier dans la langage de la juridiction. On note par ailleurs que le principe joue ici une fonction de comblement de lacunes en l'absence de texte sur la question.

²⁸¹ Voir par exemple 22 février 1989 Commission/France et Royaume-Uni, 92/87 et 93/87 ; 1^o octobre 1998 C-279/95 P. Voir aussi 8 arrêts du 15 décembre 1987 : « ainsi que la Cour l'a jugé à maintes reprises, la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables. *Cet impératif de sécurité juridique* s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des conséquences financières, afin de permettre aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'elle leur impose ».

²⁸² Voir 13 février 1996 ; 17 juillet 1997, C-354/95, National Farmers' Union e.a. ; 16 octobre 1997, C-177/96 ; 20 novembre 1997, C-338/95.

²⁸³ Voir 21 juin 1988. 257/86 Commission des Communautés européennes c/ République Italienne. 3 arrêts du 26 février 1991 C-119/89 C-120/88 C-159/89 ; février 1994 C-119/92 Commission des Communautés européennes contre République italienne. Voir aussi 19 septembre 1996 C-236/95 Commission des Communautés européennes contre République hellénique, arrêt qui évoque l'exigence de sécurité juridique.

Le principe de sécurité juridique concerne aussi l'application dans le temps des règles de droit (notamment s'agissant de leur éventuelle rétroactivité) et leur stabilité.

La Cour se fonde sur le principe de sécurité pour imposer des délais de recours ou de forclusion, considérant que ces délais « visent à sauvegarder la sécurité juridique en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit » (12 oct. 1978, Commission c/ Belgique, 156/77). La réglementation fixant ces délais de procédure est en fait présentée par la Cour comme étant l'expression ou la traduction du principe de sécurité juridique. La Cour peut alors se fonder sur le principe de sécurité pour imposer des délais aux États en cas de recours contre les actes communautaires, le principe jouant une fonction d'extension du champ d'application du texte prévoyant expressément de tels délais : selon la Cour, « permettre à l'État membre destinataire d'une décision, de remettre en cause la validité de celle-ci, à l'occasion du recours visé à l'article 93, nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 173 porterait atteinte au principe de la sécurité juridique »²⁸⁴. Le principe joue aussi, dans une autre direction, pour l'extension du champ d'application de cette règle concernant les délais de recours : « les mêmes exigences de sécurité juridique » conduisent à exclure la possibilité, pour le bénéficiaire d'une aide, objet d'une décision de la Commission adoptée sur le fondement de l'article 93 du traité, qui aurait pu attaquer cette décision et qui a laissé s'écouler le délai impératif prévu à cet égard par l'article 173 du traité, de remettre en cause la légalité de celle-ci devant les juridictions nationales à l'occasion d'un recours dirigé contre les mesures d'exécution de cette décision, prises par les autorités nationales (9 mars 1994 C-188/92 TWD Textilwerke Deggendorf²⁸⁵). Le principe permet encore d'opposer les

²⁸⁴ CJCE 12 octobre 1978. 156/77 préc. et dans la ligne de cet arrêt, notamment 10 juin 1993, Commission/ Grèce, C-183/91 Voir déjà 6 juillet 1971. 59-70 Royaume des Pays-Bas contre Commission des Communautés européennes : le traité ne prévoit pas de délai précis en ce qui concerne l'exercice du droit de saisir la Commission en application de l'article 35, alinéas 1 et 2 ; attendu, cependant, qu'il résulte de la fonction commune des articles 33 et 35 que les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire, qui inspirent les délais de recours prévus à l'article 33, doivent également être prises en considération -- compte tenu des difficultés particulières que le silence des autorités compétentes peut comporter pour les justiciables -- dans l'exercice des droits prévus par l'article 35 ; que ces exigences ne sauraient conduire à des conséquences aussi contraires que l'obligation d'agir dans un bref délai dans le premier cas et l'absence de toute limitation de temps dans le second.

²⁸⁵ Pour la Cour de justice des Communautés européennes, « selon une jurisprudence bien établie, un État membre n'est plus fondé à remettre en cause la validité d'une décision qui lui a été adressée sur la base de l'article 93, paragraphe 2, du traité après l'expiration du délai fixé à l'article 173, troisième alinéa, du traité (voir arrêts du 12 octobre 1978, Commission/Belgique, 156/77, Rec. p. 1881. Voir également Rec. p. I-3131). Cette jurisprudence, qui exclut la possibilité, pour l'État membre destinataire d'une décision prise en vertu de l'article 93, paragraphe 2, premier alinéa, du traité, de remettre en cause la validité de celle-ci, à l'occasion du recours en manquement visé au deuxième alinéa de cette même disposition, est fondée notamment sur la considération que les délais de recours visent à sauvegarder la sécurité juridique, en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit. Or, les mêmes exigences de sécurité juridique conduisent à exclure la possibilité, pour le bénéficiaire d'une aide, objet d'une décision de la Commission adoptée sur le fondement de l'article 93 du traité, qui aurait pu attaquer cette décision et qui a laissé s'écouler le délai impératif prévu à cet égard par l'article 173, troisième alinéa, du traité, de remettre en cause la légalité de celle-ci devant les juridictions nationales à l'occasion d'un recours dirigé contre les mesures d'exécution de cette décision, prises par les autorités nationales. En effet, admettre que, dans de telles circonstances, l'intéressé puisse s'opposer, devant la juridiction nationale, à l'exécution de la décision en se fondant sur l'illégalité de celle-ci reviendrait à lui reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif que revêt à son égard la décision après l'expiration des délais de recours. (...) Il résulte de

délais de recours prévus par le droit national – s'ils sont raisonnables – aux particuliers qui agissent contre des mesures internes incompatibles avec le droit communautaire. Dans deux arrêts fondateurs Rewe et Comet du 16 décembre 1976, la Cour s'exprime ainsi : « *la fixation de tels délais, en ce qui concerne les recours de nature fiscale, constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée* » ; « *en l'état actuel du droit communautaire, celui-ci n'interdit pas d'opposer à un justiciable qui attaque devant une juridiction nationale une décision d'une autorité nationale pour incompatibilité avec le droit communautaire, l'échéance des délais de recours prévus par le droit national, étant entendu que les modalités procédurales de l'action en justice ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne* ». Dans ce contexte, le principe est qualifié de fondamental²⁸⁶ et joue une fonction d'extension du champ d'application des règles nationales.

Outre l'opposabilité de délais de recours nationaux contre des actes incompatibles avec le droit communautaire²⁸⁷, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique permet d'imposer une certaine diligence à la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes : « *en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes* » (7 arrêts du même jour - 14 juillet 1972). De l'aveu même de la juridiction, le principe joue ici une fonction de comblement de lacune en l'absence de texte.

Le principe est encore mobilisé par la Cour pour se prononcer sur la possibilité qu'ont les institutions communautaires de faire varier les effets dans le temps des règlements, directives et autres décisions. « *Le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication* », même s'« *il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée* »²⁸⁸. En fait, la Cour de justice des Communautés européennes vérifie s'il existe des

l'ensemble des considérations qui précèdent que, dans des circonstances de fait et de droit telles que celles de l'espèce au principal, le caractère définitif de la décision prise par la Commission en vertu de l'article 93 du traité à l'égard de l'entreprise bénéficiaire de l'aide lie la juridiction nationale, en vertu du principe de la sécurité juridique ». Dans la même ligne : 30 janvier 1997 C-178/95 Wiljo.

²⁸⁶ Voir 6 autres décisions dans la même ligne : Cour de justice des Communautés européennes, 10 juillet 1997 C-261/95 Rosalba Palmisani ; 17 juillet 1997 Texaco C-114/95 et C-115/95 ; 17 juillet 1997 C-90/94 Haahr Petroleum ; 16 mai 2000 Shirley Preston C-78/98 ; 28 novembre 2000 Roquette Frères SA C-88/99 ; 12 décembre 2002 Universale-Bau AG C-470/99.

²⁸⁷ Voir encore pour les délais de recours opposables au fonctionnaire prévus par l'article 91 du statut, « ceux-ci étant d'ordre public et leur respect rigoureux étant de nature à assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques » (7 juillet 1971. 79-70 Helmut Müllers contre Comité économique et social de la CEE et de la CEEA).

²⁸⁸ Deux arrêts fondateurs 98/78 99/78 du 25 janvier 1979. A. Racke, qui sont quasiment systématiquement cités dans les arrêts postérieurs situés dans le même courant : Arrêts du 20 novembre 1997 P. C-244/95 ; 2 octobre 1997 C-259/95 Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne. 1 avril 1993 C-260/91 et C-261/91 ; 11 juillet 1991 C-368/89 Antonio Crispoltoni ; 21 février 1991 C-92/89 ; 13 novembre 1990 C-331/88 The Queen ; 9 janvier 1990 (S.A.F.A.) C-337/88

« *considérations péremptoires tenant à la sécurité juridique* » qui s'opposerait à l'effet rétroactif de l'acte en cause, lorsque le but à atteindre exige cet effet rétroactif. Elle souligne aussi que les règles communautaires de droit matériel doivent être interprétées, en vue de garantir le respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, finalités ou économie, qu'un tel effet doit leur être attribué (10 février 1982. 21/81 Ministère public contre Bout)²⁸⁹.

Le principe est encore mobilisé par la Cour de justice des Communautés européennes pour encadrer les conditions de retrait des actes administratifs : le retrait d'un acte illégal est permis s'il intervient dans un délai raisonnable et si l'institution dont il émane tient suffisamment compte de la mesure dans laquelle le destinataire de l'acte a éventuellement pu se fier à la légalité de celui-ci. Si ces conditions ne sont pas respectées, le retrait est attentatoire aux principes de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime et doit être annulé (26 févr. 1987, *Conorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, 15/85). Et, en matière de répétition d'aides communautaires indûment versées, la Cour souligne que les principes du respect de la confiance légitime et de la sécurité juridique font partie de l'ordre juridique communautaire. On ne saurait donc considérer comme contraire à ce même ordre juridique qu'une législation nationale assure le respect de la confiance légitime et de la sécurité juridique dans un domaine comme celui de la répétition d'aides communautaires indûment versées (21 septembre 1983. 205-215/82 *Deutsche Milchkontor contre république fédérale d'Allemagne*).

Par ailleurs, le principe de sécurité juridique permet à la Cour de limiter les effets de l'annulation d'un acte communautaire (des « motifs de sécurité juridique » justifient/animent une disposition du traité - l'article 174 - accordant à la Cour le pouvoir de maintenir les effets d'un règlement annulé et le principe joue une fonction d'extension du champ d'application de ce texte : la Cour parle elle-même d'application « par analogie » de l'article 174, deuxième alinéa, du traité, selon lequel la Cour de justice des Communautés européennes peut indiquer quels effets d'un règlement déclaré nul doivent être considérés comme définitifs et souligne que l'application du texte s'impose pour les mêmes motifs de sécurité juridique que ceux qui sont à la base de cette disposition). Ainsi, dans un arrêt du 7 juillet 1992 (295/90 Parlement

; 30 novembre 1983. 235/82 *Ferriere San Carlo SpA* ; 30 septembre 1982. *SA Roquette Frères* ; 30 septembre 1982/108/81. *G. R. Anylum* ; 12 novembre 1981. 212 à 217/80 *Salumi*

²⁸⁹ Voir aussi 12 octobre 1978. 10/78 *Tayeb Belbouab* : « le principe de sécurité juridique dont l'un des impératifs exige que toute situation de fait soit appréciée à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines ».

européen contre Conseil des Communautés européennes), la Cour de justice des Communautés européennes souligne que « *d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, justifient que la Cour exerce le pouvoir que lui confère expressément l'article 174, paragraphe 2, du traité CEE en cas d'annulation d'un règlement et qu'elle indique les effets de la directive litigieuse qui doivent être maintenus* » : elle décide en l'espèce de maintenir provisoirement l'ensemble des effets de la directive annulée²⁹⁰.

Le principe lui permet encore de limiter pour l'avenir la portée des solutions qu'elle retient dans tel ou tel arrêt, afin de protéger certaines situations contre l'effet rétroactif de sa jurisprudence. Le principe fournit alors une solution à une question d'application dans le temps des règles jurisprudentielles. Il est un principe en vertu duquel la Cour de justice des Communautés européennes peut limiter la portée rétroactive de ses arrêts et joue une fonction de comblement de lacunes dans la mesure où aucun texte n'aborde cette question. La Cour mobilise le principe général de sécurité juridique ou relève l'existence de considérations impérieuses de sécurité juridique pour limiter la portée rétroactive de son arrêt. Plus rarement elle relève l'exigence de sécurité juridique et des raisons de sécurité juridique. On citera, comme arrêts fondateurs, les arrêts suivants : un arrêt du 8 avril 1976 (43-75 Gabrielle Defrenne) dans lequel la Cour constate « *que, (...) des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées ; qu'en conséquence, l'effet direct de l'article 119 ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieures à la date du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente* »²⁹¹ et deux arrêts du 27 mars 1980 (66, 127 et 128/79 et 61/79 Denkavit), qui énoncent que « *ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour de justice, ainsi qu'elle l'a reconnu dans son arrêt du 8 avril 1976 (aff. 43/75, Defrenne/Sabena, Recueil 1976,*

²⁹⁰ Voir les arrêts 51/87 du 27 septembre 1988 : « *Compte tenu des circonstances de l'espèce et des exigences de sécurité juridique, il convient de déclarer définitifs, en vertu de l'article 174, deuxième alinéa, du traité, les effets des deux règlements annulés* » (voir aussi 45/86 du 26 mars 1987 ; C-392/95 du 10 juin 1997 Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne) ; 29 juin 1988. Voir aussi la formule suivante : « *Dans ces circonstances, l'application par analogie de l'article 174, deuxième alinéa, du traité, selon lequel la Cour peut indiquer quels effets d'un règlement déclaré nul doivent être considérés comme définitifs, s'impose pour les mêmes motifs de sécurité juridique que ceux qui sont à la base de cette disposition* » (34/86 du 3 juillet 1986 ; 271/94 du 26 mars 1996 Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne).

²⁹¹ Arrêts situés dans la ligne de l'arrêt Defrenne et se référant à des considérations impérieuses de sécurité juridique : 11 décembre 1997 C-246/96 ; 17 avril 1997 C-147/95 ; 7 novembre 1996 C-126/94 Société Cadi ; 3 octobre 1996 C-126/95 ; 30 avril 1996 C-308/93 ; 8 février 1996 C-212/94 FMC ; 23 novembre 1995 C-394/93 Gabriel Alonso-Pérez ; 14 septembre 1995 C-485/93 et C-486/93 Maria Simitzi contre Dimos Kos. ; 28 septembre 1994 C-57/93 ; 28 septembre 1994 408/92 ; 5 octobre 1988 210/87. Padovani Remo ; 17 mai 1990 Douglas H. Barber ; 15 janvier 1986. 41/84 Pietro Pinna ; 11 mars 1981 69/80. Susan Jane Worringham et Margaret Humphreys.

p. 455), pourrait, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé dans les relations juridiques établies de bonne foi, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer la disposition ainsi interprétée en vue de remettre en cause ces relations juridiques»²⁹². On notera que l'arrêt Defrenne (et d'autres dans sa ligne) évoque des considérations de sécurité juridique sans mentionner le principe de sécurité juridique. Toutefois, le renvoi à cet arrêt Defrenne fait par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts de 1980 qui, eux, utilisent la locution « principe de sécurité juridique », permet de dire que le principe est déjà à l'œuvre dans l'arrêt de 1976 (et dans les arrêts mentionnant simplement l'existence de considérations de sécurité juridique pour fonder leur solution). Pour la Cour elle-même, lorsqu'elle invoque des considérations de sécurité juridique, elle mobilise, sans le dire, le principe du même nom.

Il se manifeste aussi pour assurer l'homogénéité et la cohérence dans l'ordre juridique communautaire. Le principe de sécurité interdit aux juridictions nationales de déclarer invalides les actes des institutions communautaires. En effet, selon les propres termes de la Cour de justice des Communautés européennes, les compétences reconnues à la Cour ont essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales et cette exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique (22 oct. 1987, Foto-Frost, 314/85 et d'autres arrêts se référant à une jurisprudence constante et à cet arrêt du 22 octobre 1987, par ex. 15 avril 1997 C-27/95). Par ailleurs, la sécurité juridique justifie les méthodes d'interprétation des textes retenues par la Cour. Dans un arrêt du 14 juillet 1977 (9 et 10-77 Eurocontrol), la Cour souligne que « le principe de la sécurité juridique dans l'ordre communautaire (...) exige

²⁹² Arrêts dans la ligne de l'arrêt Denkvit et mobilisant le principe général : 10 juillet 1980. 826/79, MIRECO et 10 juillet 1980. 811/79 SpA ; 2 février 1988. 309/85 M. Bruno Barra et 2 février 1988. 24/86 Vincent Blaizot ; 16 juillet 1992 C-163/90 Legros ; 28 septembre 1994 C-57/93 ; 19 octobre 1995 C-137/94 Cyril Richardson ; 12 décembre 1995 C-319/93, C-40/94 et C-224/94 (Frico Domo) ; 15 décembre 1995 C-415/93 Bosman ; 24 septembre 1998 C-35/97 Commission des Communautés européennes contre République française ; 4 mai 1999 C-262/96 Sürül ; 9 mars 2000 C-437/97 ; 10 février 2000 C-234/96 et C-235/96 Deutsche Telekom ; 10 février 2000 C-270/97 et C-271/97 Deutsche Post ; 23 mai 2000 C-104/98 Buchner ; 19 septembre 2000 Ampafrance SA C-177/99 et C-181/99 ; 12 octobre 2000 C-372/98 J. H. Cooke & Sons ; 13 septembre 2001 C-467/00 P Comité du personnel de la Banque centrale européenne ; 20 septembre 2001 C-184/99 Rudy Grzelczyk ; 29 novembre 2001 C-366/99 Joseph Griesmar ; 13 décembre 2001 C-481/99 Heininger ; 19 mars 2002 C-426/98 Commission des Communautés européennes contre République hellénique ; 7 mars 2002 C-259/00 ; 3 octobre 2002 C-347/00 Pérez.

une application uniforme dans tous les États membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour dans le cadre de la Convention ». Le principe de sécurité juridique est encore mobilisé pour déterminer la répartition des compétences pour l'application concrète des règles communautaires de concurrence : des décisions contradictoires entre juridictions nationales et Commission seraient contraires au principe général de la sécurité juridique et doivent, dès lors, être évitées lorsque les juridictions nationales se prononcent sur des accords ou pratiques qui peuvent encore faire l'objet d'une décision de la Commission (voir 28 février 1991 C-234/89 Delimitis ; 8 décisions mobilisant le principe général de la sécurité juridique dans ce contexte).

D'autres arrêts que les arrêts précités font une place à la notion de sécurité juridique. La Cour de justice des Communautés européennes évoque ainsi l'intérêt de la sécurité juridique en matière de classification douanière : « la sécurité juridique et la facilité des contrôles commandent que le critère décisif pour la classification douanière des marchandises soit recherché, d'une manière générale, dans leurs caractéristiques et particularités objectives » ou, selon une autre formulation, « *dans l'intérêt de la sécurité juridique, ce sont les caractéristiques et les propriétés objectives des produits qui, en règle générale, fournissent le critère décisif de leur classement* »²⁹³.

S'agissant de sa fonction dans les décisions, le principe de sécurité juridique est mobilisé par la juridiction pour se prononcer sur la validité d'autres règles de droit ou pour déterminer leur portée. Sa fonction est une fonction de prévalence permettant de déclarer tel texte ou telle décision contraire ou non au droit communautaire. En effet, du point de vue de son objet, il s'agit d'une norme visant la validité et la portée d'autres règles juridiques. Mais en soi²⁹⁴, on a montré que le principe a surtout une fonction de comblement des lacunes ou d'extension du champ d'application d'une règle permettant de procurer des solutions à des situations non prévues. Le principe permet alors de poser une règle sur un point de droit non abordé par un texte. Il est aussi utilisé pour étendre la sphère d'application d'une règle, en la présentant comme n'étant que l'expression ou la traduction du principe.

²⁹³ 9 décembre 1997 C-143/96 ; 20 novembre 1997 C-338/ ; 9 octobre 1997 C-67/95 ; 17 juin 1997 C-164/95 ; 15 mai 1997 C-405/95 Bioforce ; 17 avril 1997 C-274/95, C-275/95 et C-276/95 ; 12 décembre 1996 C-38/95 ; 20 juin 1996 C-121/95 VOBIS ; 14 décembre 1995 C-106/94 et C-139/94 ; 17 octobre 1995 C-59/94 et C-64/94 ; 1 juin 1995 C-459/93 ; 9 août 1994 C-395/93 ; 16 juin 1994 C-35/93 ; 2 août 1993 C-248/92 ; 3 juin 1992 C-318/90 ; 3 juin 1992 C-246/90 ; 26 février 1980. 54/79 Firma.

²⁹⁴ On rappelle ici que la fonction de la décision est dissociée de la fonction du principe au sein de la décision.

5. 2. 1. 2 - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Le premier arrêt dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme mobilise le principe de sécurité juridique est un arrêt *Marckx* rendu le 13 juin 1979²⁹⁵. La juridiction renvoie expressément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et à son arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976 (43/75). On a vu que cet arrêt *Defrenne* est fondateur d'une ligne jurisprudentielle dans laquelle la Cour de justice des Communautés européennes s'accorde le pouvoir de limiter la portée rétroactive de l'interprétation qu'elle donne, au nom de « considérations impérieuses de sécurité juridique ». Dans cet arrêt *Defrenne*, la Cour de justice des Communautés européennes n'emploie certes pas la formule « principe de sécurité juridique », mais on a pu montrer qu'elle faisait déjà application de ce qu'elle nommera plus tard « principe général de sécurité juridique ». Ainsi peut-on comprendre que la Cour européenne des droits de l'homme renvoie à cet arrêt *Defrenne* s'agissant du principe de sécurité juridique.

Dans l'arrêt *Marckx*, la Cour européenne des droits de l'homme mentionne donc l'arrêt *Defrenne* et énonce que « *le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense un État de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt* ». Il y a donc une application identique du principe et une identité de solution qui montrent que, sous les termes « considérations impérieuses de sécurité juridique », « principe général de sécurité juridique » et « principe de sécurité juridique » utilisés respectivement par la Cour de justice et la Cour européenne, il y a bien la même règle de droit. En somme, pour consacrer ce principe, authentique règle de l'ordre juridique européen, la Cour européenne des droits de l'homme s'est inspirée explicitement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Il y a eu diffusion du principe depuis la Cour de justice des communautés européennes jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme.

Mais, si la Cour européenne des droits de l'homme s'est ainsi inspirée du droit communautaire, le principe tire sa positivité dans l'ordre européen d'une consécration jurisprudentielle. En effet, si le principe a bien pris naissance dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes avant de se diffuser dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, la sécurité juridique a été expressément reconnue par cette

²⁹⁵ Affaire n° 2/1978/25/40. La Cour européenne des droits de l'homme mobilise le principe de sa propre initiative sans que l'Etat requérant ne l'ait invoqué.

dernière juridiction comme fournissant la teneur d'une règle dans son propre ordre juridique. Par ailleurs, dans les arrêts où il est mentionné, aucun texte ne lui fournit de base. La Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur sa jurisprudence en citant ses propres arrêts. Si bien que, comme pour la Cour de justice des Communautés européennes, on peut repérer, parmi l'ensemble des arrêts rendus, des lignes jurisprudentielles, des courants inaugurés par des arrêts fondateurs.

La Cour européenne des droits de l'homme mobilise la notion de sécurité juridique dans 54 décisions seulement et les énoncés utilisés ne sont pas d'une grande variété : principe de la sécurité juridique, principe de la sécurité des rapports juridiques, la sécurité juridique, l'intérêt de la sécurité juridique. Hormis quelques arrêts (3 arrêts en langue anglaise) mobilisant le principe général de sécurité juridique - « the general principle of legal certainty », la Cour européenne des droits de l'homme ne qualifie pas le principe de général, de fondamental ou d'essentiel.

Sous la l'expression « principe de sécurité juridique », la juridiction utilise, comme la Cour de justice des Communautés européennes, des formules standards qui prennent valeur de règles. Ainsi, le principe de sécurité juridique est un principe en vertu duquel la Cour européenne des droits de l'homme peut limiter la portée rétroactive de ses arrêts : « *Eu égard à un ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, peut dispenser un État de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt* »²⁹⁶. Le principe a ici, comme dans les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, une fonction de comblement de lacunes permettant de procurer une solution à une situation non prévue. En effet, en invoquant un principe de sécurité juridique nécessairement inhérent au droit de la Convention, la Cour européenne met en place un système d'application de la règle jurisprudentielle dans le temps qui n'est pas prévu par les textes.

Par ailleurs, « le principe de la sécurité des rapports juridiques » est un principe au regard duquel la Cour européenne des droits de l'homme évalue le droit d'un État membre qui autorise une juridiction à annuler une décision définitive. « *Le principe de la sécurité des rapports juridiques* » « *veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout*

²⁹⁶ Arrêt Marckx, préc. et dans la même ligne, 29 nov. 1991, n° 44/1990/235/301, Vermeire c. Belgique

litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »²⁹⁷. La Cour européenne des droits de l'homme considère que la Cour suprême qui accueille le recours en annulation introduit contre un jugement devenu définitif enfreint « *le principe de la sécurité des rapports juridiques* ». Selon la Cour, le droit du requérant à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention est alors méconnu. On observe donc que le principe joue une fonction de comblement des lacunes de l'article 6 § 1 de la Convention. En effet, cet article ne prévoit rien s'agissant de la remise en cause des solutions données par les tribunaux de manière définitive. Mais, selon la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de la sécurité des rapports juridiques s'oppose à cette remise en cause. La règle ainsi nommée permet à la Cour de juger qu'il y a violation du droit du requérant à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 dans le fait pour une juridiction nationale d'accueillir le recours en annulation contre un jugement devenu définitif, alors même que ce point de droit n'est pas abordé par le texte.

« *En vertu du principe général de sécurité juridique* » - the general principle of legal certainty, « *il est essentiel que les conditions de privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixée par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise* »²⁹⁸. Dans les arrêts utilisant cette formule, la Cour précise que, en matière de liberté personnelle, s'agissant de la condition prévue par le paragraphe 1 de l'article 5 de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle une privation de liberté doit être régulière et ordonnée selon les voies légales, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, selon les propres termes de la Cour, il est essentiel que les conditions de privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixée par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise. Le principe général de sécurité juridique joue ainsi une fonction de comblement des lacunes. En effet, en matière de liberté personnelle, le paragraphe 1 de l'article 5 de la Cour européenne des droits de l'homme prévoit simplement qu'une privation de liberté doit être régulière et ordonnée selon les voies légales. Mais, pour la Cour, le

²⁹⁷ Arrêt fondateur : 28 octobre 1999 N° 28342/95 Brumarescu c. Roumanie. Et 20 arrêts postérieurs constituant un courant jurisprudentiel : 19 concernent la Roumanie, 1 concerne l'Ukraine, tous rendus en 2002.

²⁹⁸ Arrêt fondateur : 28 mars 2000, N° 28358/95 Case of Baranowski c/ Poland et 2 arrêts qui se situent dans la ligne jurisprudentielle de l'arrêt Baranowski : 31 juill. 2000, n° 34578/97 Case of Jesus versus Lithuania ; 9 janv. 2001, n° 25874/94 Case of Kawka versus Poland.

principe général de sécurité juridique loge une exigence de clarté de la loi et de prévisibilité de son application. Un autre arrêt utilise la notion de « sécurité juridique » dans le même sens, pour déterminer ce qui est valide du point de vue de l'article 5 § 1 de la Convention, en matière de législation sur la détention : une loi nationale autorisant une privation de liberté - surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile - doit être suffisamment accessible et précise²⁹⁹. La notion est également utilisée pour évaluer la formulation d'un texte et son niveau de précision dans un autre contexte³⁰⁰. La Cour a encore évoqué des « impératifs de sécurité juridique » dans une affaire où était en cause le droit français d'une extrême complexité s'agissant du droit d'accès à un tribunal³⁰¹. Aussi, si, dans ces derniers arrêts, la Cour parle simplement de sécurité juridique, d'impératifs ou d'exigence de la sécurité juridique, elle semble appliquer le principe de sécurité juridique pour déterminer si la loi en cause était d'une qualité suffisante. Ces diverses applications de la notion de sécurité juridique seraient en fait des solutions déduites du principe de sécurité juridique. Plus exactement ces solutions peuvent être généralisées pour formuler le principe de sécurité juridique selon lequel la loi doit être d'une qualité suffisante ... précise, prévisible. C'est ce principe qui est alors invoqué par les requérants pour critiquer une loi et qui est mobilisé par le juge pour apprécier cette loi.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme souligne que le principe de la sécurité juridique légitime la réglementation nationale relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours : *« la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique. Les intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées. Toutefois, la réglementation en question, ou l'application qui en est faite, ne devrait pas empêcher le justiciable de se prévaloir d'une voie de recours disponible »*³⁰². Il y aurait alors violation de l'article 6 § 1. La Cour énonce que la vocation d'une réglementation relative aux formalités et aux délais de recours est d'assurer le respect du principe de la sécurité juridique. Aussi, le principe joue comme justification de ces règles procédurales établissant formalités et autres délais de recours. Alors, si ledit principe participe

²⁹⁹ 25 juin 1996, n° 17/1995/523/609, *Amuur c. France* : une loi doit être d'une « qualité suffisante au sens de la jurisprudence de la Cour : offrir une protection adéquate et la sécurité juridique nécessaire pour prévenir les atteintes arbitraires de la puissance publique ».

³⁰⁰ 25 août 1993, n° 22/1992/367/441 *Chorherr*, voir aussi 2 arrêts du 24 avr. 1990, n° 4/1989/164/220 et n° (7/1989/167/223), *Huvig & Kruslin*

³⁰¹ 16 déc. 1992, n° 87/1991/339/412 *De Geouffre de la Pradelle c. France*. Voir aussi 2 arrêts du 12 nov. 2002, n° 47273/99 n° 46129/99 qui évoque l'exigence de sécurité juridique

³⁰² Arrêt fondateur : 28 octobre 1998, n° 116/1997/900/1112 *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne* et 7 arrêts dans la ligne jurisprudentielle.

à l'évaluation juridique de la réglementation d'un État membre, l'usage de la formule souligne simplement l'importance des règles de procédure. Autrement dit, la référence au principe joue une simple fonction rhétorique. Un résultat similaire aurait pu être atteint sans qu'aucune référence au principe ne soit faite par la juridiction. Il convient alors de distinguer cette utilisation purement rhétorique par la Cour européenne des droits de l'homme du « principe de la sécurité juridique », de l'utilisation par la Cour de justice des Communautés européennes du « principe fondamental de sécurité juridique » pour combler des lacunes ou étendre le champ d'application des règles de procédure. Ainsi, par exemple, depuis les arrêts Rewe et Comet précités du 16 décembre 1976, on a vu que la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît que la fixation de délais de recours par le droit national « constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique ». Au nom de ce principe, elle décide que le droit communautaire n'interdit pas d'opposer à un justiciable qui attaque devant une juridiction nationale une décision d'une autorité nationale pour incompatibilité avec le droit communautaire, l'échéance des délais de recours raisonnables prévus par le droit national. On observe alors que la Cour de justice des Communautés européennes donne au principe fondamental de sécurité juridique une fonction d'extension du champ d'application des règles nationales. Cette fonction n'est pas celle que joue le principe de la sécurité juridique dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, dans ce contexte précis. Aussi si le principe a dans les deux cas le même lieu d'application, le même objet (la question des délais de procédure) et contribue à l'évaluation d'une situation comme principe-règle, il joue dans un cas une fonction de comblement de lacunes et dans l'autre une simple fonction rhétorique.

D'autres arrêts que les arrêts précités font une place à la notion de sécurité juridique. La Cour européenne évoque ainsi l'intérêt de la sécurité juridique, le souci de garantir la sécurité juridique, un facteur de sécurité juridique dans d'autres contextes : « *sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents* »³⁰³ ou « le « *bref exposé de la loi en cause* » [*exposé de la loi nationale sur laquelle porte la réserve que formule un État et qu'il a l'obligation de fournir*] constitue à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique »³⁰⁴.

³⁰³ Arrêt fondateur : 27 sept. 1990, n° 16/1989/176/232 *Cossey c/ Royaume-Uni* et 8 arrêts postérieurs dont une série de 5 arrêts du même jour.

³⁰⁴ Arrêt fondateur : 29 avr. 1988, n° 20/1986/118/167 *Belilos* et 2 arrêts dans la même ligne.

5. 2. 2 - Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions françaises

S'agissant des juridictions françaises, l'interrogation par les termes « sécurité juridique » fait apparaître peu de décisions et l'analyse révèle que le principe est souvent simplement invoqué par les parties à l'instance sans être repris par la juridiction. C'est le cas dans les décisions du Conseil Constitutionnel, pour lesquelles on a donc analysé l'invocation du principe par les requérants. Le Conseil d'État, quant à lui, reprend le principe de sécurité juridique invoqué par les parties mais c'est pour cantonner sa compétence au seul droit communautaire. Quant à la Cour de cassation, elle ne consacre pas clairement le principe de sécurité juridique et se garde de le nommer, alors même qu'il est invoqué par les demandeurs dans leurs pourvois.

5. 2. 2. 1 - La jurisprudence du Conseil Constitutionnel

Dans très peu de décisions, le Conseil constitutionnel emploie l'expression « sécurité juridique » (seulement 7 décisions³⁰⁵) et il s'agit presque toujours d'une reprise de l'argumentation des requérants (sauf dans une décision où il est question du « souci du législateur de renforcer la sécurité juridique »). Les requérants invoquent « l'exigence de sécurité juridique et de confiance légitime des contribuables » ; les principes de sécurité juridique et de confiance légitime ; le principe de « sécurité juridique » et le principe de « confiance légitime » ; « un principe de sécurité juridique » ; « la sécurité juridique des citoyens » ; la « sécurité juridique qui fonde le droit des personnes dans une démocratie ». Le Conseil constitutionnel ne nomme pas lui-même le principe en cause. Plus même, dans 4 décisions, les expressions proposées par les auteurs des saisines sont mises entre guillemets par le Conseil, soulignant par-là qu'aucune formule n'est entrée dans son propre vocabulaire. Le Conseil ne se prononce pas sur la présence du principe parmi les normes de constitutionnalité applicables au contrôle des dispositions critiquées. Il ne se prononce pas sur sa positivité. On peut par ailleurs noter que, si le Conseil ne se prononce pas s'agissant de la

³⁰⁵ Décisions n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, n° 88-250 DC du 29 décembre 1988, n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, n° 97-391 DC du 7 novembre 1997, n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, n° 99-422 DC du 21 décembre 1999.

sécurité juridique, il refuse en revanche explicitement, dans une décision, de considérer que le principe de confiance légitime figure parmi les normes de constitutionnalité³⁰⁶.

La sécurité juridique est donc seulement mobilisée par les auteurs des saisines qui veulent convaincre que le principe ou l'exigence ainsi nommée appartient aux normes de constitutionnalité et peut donc servir comme référence pour évaluer telle ou telle loi. Pour les requérants, sa fonction est donc une fonction de prévalence permettant de déclarer qu'une disposition législative est ou non contraire à la constitution. Mais, en soi, dans la décision, la sécurité juridique a, pour eux, une fonction de comblement des lacunes, d'extension du bloc de constitutionnalité. Elle nommerait un principe au regard duquel pourrait être évalué un dispositif de validation législative ou des dispositions présentant un caractère rétroactif. Le principe de sécurité permettrait l'extension du principe constitutionnel de non-rétroactivité des lois au-delà de la seule question de l'incrimination pénale. Dans une décision³⁰⁷, les requérants donnent une base textuelle aux principes sécurité juridique et de confiance légitime qu'ils invoquent : ces principes sont, selon eux, garantis par les articles 2³⁰⁸ et 16³⁰⁹ de la Déclaration de 1789. Mais, dans cette décision, le Conseil rappelle que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive³¹⁰ et que le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives dans certaines conditions³¹¹.

Dans une seule décision³¹², l'expression « sécurité juridique » est employée par le Conseil constitutionnel lui-même. Il s'agissait d'examiner une disposition fixant un délai de forclusion : considérant que la disposition en cause a pour effet de priver de tout droit au recours devant le juge de l'excès de pouvoir la personne qui entend contester la légalité d'un acte pris en application d'une délibération de l'assemblée territoriale, plus de 4 mois après la publication de cette délibération (...), le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique des décisions de l'assemblée ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel. Dès lors la disposition en cause est contraire à la Constitution. Dans cette décision, le droit à un recours juridictionnel est confronté au souci de

³⁰⁶ n° 97-391 DC du 7 novembre 1997

³⁰⁷ n° 98-4004 DC du 18 décembre 1998

³⁰⁸ Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

³⁰⁹ Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

³¹⁰ Voir aussi n° 97-391 DC du 7 novembre 1997

³¹¹ Voir aussi n° 95-369 DC du 28 décembre de 1995, n° 84-184 DC du 29 décembre 1984.

³¹² n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

sécurité juridique qui avait conduit le législateur à établir un délai de forclusion. La sécurité juridique n'apparaît-elle pas alors, pour le Conseil, comme un objectif constitutionnel qui permettrait de limiter le droit à un recours juridictionnel en justifiant des délais de procédure (la référence à la sécurité juridique jouant alors une fonction rhétorique) ? Si cette analyse peut être retenue, peut-on faire le lien entre cette décision et les décisions des juridictions européennes rendues à propos des délais de recours qui visent à assurer le respect du principe de la sécurité juridique (selon la formule de la Cour européenne des droits de l'homme) ou qui constituent l'application du principe fondamental de sécurité juridique (Cour de justice des Communautés européennes) ? Une réponse négative semble s'imposer. Dans sa décision de 1996, le Conseil constitutionnel décide que le souci de sécurité juridique ne saurait justifier une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel.

Faute de consécration jurisprudentielle par le Conseil Constitutionnel, la question de la positivité du principe de sécurité juridique, celle de sa présence parmi les normes de constitutionnalité, restent posées.

5. 2. 2. 2 - La jurisprudence du Conseil d'État

Le Conseil d'État utilise la notion de « sécurité juridique » dans 20 décisions (dans 11 autres décisions, la notion est invoquée sans être reprise). Dans 6 arrêts et 4 avis, la juridiction évoque un « objectif de sécurité juridique » concernant l'article L. 600-3 du code de l'urbanisme faisant obligation à l'auteur d'un recours contentieux dirigé contre un document d'urbanisme ou une décision valant autorisation d'occupation ou d'utilisation du sol régie par le code de l'urbanisme de notifier ce recours à l'auteur de la décision et s'il y a lieu, au titulaire de l'autorisation. Dans ces arrêts, il s'agit de savoir si l'on est ou non dans le champ d'application de cet article (par exemple si le document en cause est visé par le texte) et donc si l'obligation de notification devait être respectée. Il s'agit donc d'interpréter le texte. Pour ce faire, le Conseil souligne que l'article est issu d'une loi qui poursuit un objectif de sécurité juridique. Pour le Conseil, mobiliser l'objectif de sécurité juridique permet simplement d'interpréter l'article L. 600-3 issu d'une loi de 1994.

Dans 10 arrêts³¹³, le Conseil d'État évoque le principe de sécurité juridique, très souvent

³¹³ M. Macabeo, 28 mai 1997, n° 180726 ; Chagnaud SA, 30 décembre 1998, n° 189315 ; Union nationale interfédérale des oeuvres et organismes privés et autres, 21 février 2000, n° 209637, n° 209638, n° 209654, n° 209679, n° 209680, n° 209701,

associé au principe de confiance légitime : la juridiction évoque des ou les « principes de sécurité juridique et de confiance légitime » ou « principes de confiance légitime et de sécurité juridique » ou « principe de sécurité juridique et principe de confiance légitime » (8 arrêts). Dans ces arrêts, il s'agit notamment pour le Conseil d'examiner la légalité d'actes réglementaires dont les requérants soutiennent qu'ils ont un caractère rétroactif. Mais, si le Conseil d'État nomme lui-même le principe de sécurité juridique, c'est pour exclure sa compétence ici et la cantonner aux actes pris pour l'application du droit communautaire. Il évoque le principe, mais c'est pour dire qu'un requérant ne saurait utilement se prévaloir d'un moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique pour attaquer un acte qui n'est pas pris pour la mise en œuvre du droit communautaire (9 arrêts). Dans le même sens, il précise, dans un autre arrêt, que le principe de la sécurité juridique est applicable aux situations régies par le droit communautaire. Le Conseil d'État pourrait donc affirmer l'illégalité d'un acte pris pour la mise en œuvre du droit communautaire – mais seulement d'un tel acte – pour contrariété au principe de sécurité juridique. Pour tout autre acte, c'est sans succès que le principe de sécurité juridique sera mobilisé par les requérants au service de leur argumentation.

Le Conseil d'État refuse de recourir au principe de sécurité juridique pour se prononcer sur la légalité d'un acte du pouvoir réglementaire. Aussi, le principe n'appartient-il pas au bloc de légalité qui s'impose aux actes administratifs dans l'ordre juridique français. Il ne figure pas parmi les principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir réglementaire.

5. 2. 2. 3 - La jurisprudence de la Cour de cassation

Seules 9 décisions de la Cour de Cassation utilisent la notion de sécurité juridique. La juridiction évoque la « sécurité juridique », le « principe de la sécurité juridique » et « la sécurité de leurs rapports juridiques ».

n° 209702 ; Societe Schering-Plough, 28 juillet 2000, n° 205710 ; Laboratoire Paucourt, Laboratoire Glaxo-wellcome, 28 juillet 2000, n° 208103, n° 208104 ; Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, Association syndicale professionnelle des administrateurs judiciaires, Syndicat national des professionnels des procédures collectives, 27 octobre 2000, n°10838, n° 211816, n° 211927 ; Societe Janssen Cilag SA, 16 mai 2001, n° 218081, n° 218082 ; Centre école régional de parachutisme de Picardie, 28 décembre 2001, n° 221140, n° 221141, n° 221143 ; Société des mines de Sacilor Lormines, 5 avril 2002, n° 199686, n° 205909 ; Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres, 3 décembre 2001, n° 226514, n° 226526, n° 226548, n° 226553, n° 226554, n° 226555, n° 226556, n° 226557, n° 226558, n° 226569, n° 225670, n° 226571.

Une décision est remarquable dans ce corpus : l'arrêt du 2 mai 2000. Pourvoi n° 97-45.323. Dans cet arrêt certes publié au bulletin, mais resté isolé, la chambre sociale, mobilise le principe de sécurité juridique. Était en cause une disposition du statut du personnel de la SNCF permettant à l'employeur pour des motifs tirés d'une insuffisance professionnelle d'un salarié de rétrograder ce dernier dans un niveau professionnel inférieur à celui qui lui avait été contractuellement reconnu lors de sa titularisation. La Chambre sociale énonce que cette disposition du statut du personnel, « *qui permet à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail et de prendre une mesure de nature à affecter la fonction dans l'entreprise ainsi que la carrière et la rémunération du salarié, suscite une difficulté sérieuse quant à sa légalité au regard du principe de la sécurité juridique* ». Elle décide que, la disposition en cause étant issue d'un statut qui a la nature d'acte administratif réglementaire, l'appréciation de sa légalité échappe à la compétence du juge judiciaire : il convient donc d'inviter les parties à saisir le Conseil d'État de la question préjudicielle de la légalité de cette disposition. Elle sursoit à statuer sur le pourvoi jusqu'à la décision du Conseil d'État³¹⁴. En dehors de cet arrêt dans lequel la formule « principe de sécurité juridique » apparaît pour la première fois et semble nommer une authentique règle de droit, la Cour de cassation n'a jamais plus mobilisé le principe. On peut donc douter de la positivité du principe de sécurité juridique.

D'autant que la notion est très souvent invoquée par les parties : dans 110 décisions, la notion est invoquée sans être reprise par la juridiction ; dans une majorité de cas les parties invoquent un principe (en se référant au droit communautaire ou à la Convention Européenne des Droits de l'Homme). Malgré cela, lorsqu'elle évoque la notion de sécurité juridique, la Cour de cassation se garde bien de nommer un principe.

La Cour de cassation énonce, à propos d'une opposition à une contrainte que le tribunal des affaires de sécurité sociale avait déclaré irrecevable comme tardive, que « *les délais impartis par la loi à peine d'irrecevabilité, de forclusion, de déchéance ou de caducité sont nécessaires au bon déroulement des procédures et contribuent au procès équitable, dès lors qu'ils assurent la sécurité juridique, le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction et du délai raisonnable* »³¹⁵ ou, à propos de la déchéance d'un pourvoi pour

³¹⁴ CE, 29 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 955. Le Conseil d'État mobilisera « le principe général du droit dont s'inspirent » les articles 1134 du Code civil et L. 121-1 du Code du travail qui « implique que toute modification des termes d'un contrat recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié ». On notera que, dans ces conclusions, le commissaire du gouvernement (Dr. soc. 2001, p. 948) souligne qu'il ne fait « aucun doute qu'en s'interrogeant sur la légalité des dispositions litigieuses au regard du « principe de sécurité juridique », la Cour de cassation a entendu, en dépit du caractère très général des termes de son arrêt, faire uniquement référence à la règle de stabilité des contrats qu'elle a déduit des articles L. 121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil, articles qui sont d'ailleurs seuls visés dans sa décision ».

³¹⁵ Cass. soc., 21 novembre 2002, Pourvoi n° 01-20.715.

tardiveté, que « *les délais de procédure impartis par la loi à peine d'irrecevabilité, de forclusion, de déchéance ou de caducité sont nécessaires au bon déroulement des procédures et contribuent au procès équitable, dès lors qu'ils assurent la sécurité juridique, le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction et du délai raisonnable* »³¹⁶. Dans ces arrêts, la Cour de cassation ne mobilise pas un éventuel principe de sécurité juridique pour évaluer la recevabilité de l'opposition formée en l'espèce ou la déchéance du pourvoi intenté. Elle applique simplement les règles de procédure dont l'existence est justifiée par la notion, par l'idée de sécurité juridique. La notion de sécurité juridique est ici un simple critère de justification des règles de procédure. Peut-on alors rapprocher cette utilisation de la notion par la Cour de cassation de celle faite par la Cour européenne des droits de l'homme, qui utilise la locution « principe de la sécurité juridique » et fait jouer au principe une fonction rhétorique sur des questions de délai de recours³¹⁷ ?

Dans un autre contexte, la Cour de cassation mobilise la notion de « sécurité juridique ». Elle souligne que « *la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* » ou que « *la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* »³¹⁸. La Cour de cassation n'emploie pas la formule « principe de sécurité juridique ». Pourtant une violation de ce principe était invoquée. Dans les pourvois qu'ils formaient, les demandeurs soulignaient qu'ils avaient agi avant que ne soit retenue l'interprétation jurisprudentielle nouvelle en vertu de laquelle ils avaient été condamnés. Ils invoquaient une « *méconnaissance du principe impératif de sécurité juridique* » et la « *violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* » ou la méconnaissance du « *principe de sécurité juridique* » par la cour d'appel qui avait mobilisé une jurisprudence nouvelle. En n'évoquant pas le principe de sécurité juridique pour rejeter le pourvoi mais en énonçant simplement que « *la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante* », la Cour de cassation entend souligner que la sécurité juridique est sans doute une valeur du système de droit mais que, pour elle, il n'y a

³¹⁶ Cass. 2^e civ., 12 juillet 2001. pourvoi n° 00-17.239 P+B.

³¹⁷ Voir l'arrêt Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne du 28 octobre 1998, N° 116/1997/900/1112 et les arrêts situés dans la ligne de cet arrêt fondateur : « La réglementation relative aux délais à respecter pour former un recours vise certes à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique. Les intéressés doivent s'attendre à ce que ces règles soient appliquées. Toutefois, la réglementation en question, ou l'application qui en est faite, ne devrait pas empêcher le justiciable de se prévaloir d'une voie de recours disponible ».

³¹⁸ Cass. 3^e civ., 2 octobre 2002. Pourvoi n° 01-02.073 P+B ; Cass. 1^e civ., 21 mars 2000. Pourvoi n° 98-11.982 P.

pas là une règle positive. Au nom de la rétroactivité de la jurisprudence, la Cour de cassation décide qu'il convenait ici d'appliquer la solution dégagée dans les arrêts de revirement. L'acte en son temps régulier pouvait être sanctionné en vertu d'une règle interprétée postérieurement de manière différente. Une telle solution repose sur l'idée que l'activité de la Cour de cassation se limite à l'application des règles de droit. Parce que, dans l'ordre juridique français, on refuse ainsi à la jurisprudence la qualité de source du droit, le justiciable ne peut se plaindre lorsqu'il se voit appliquer un nouvel énoncé, alors même qu'il avait agi avant sa formulation. Ainsi la Cour refuse de consacrer le principe et de lui faire jouer une fonction de prévalence permettant d'écartier l'idée que la jurisprudence n'a pas qualité de source du droit et la prohibition pour le juge de se prononcer par voie de disposition générale. Cette solution s'oppose à celle que retiennent la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, les deux juridictions consacrant un authentique principe-règle de droit positif dans leurs ordres juridiques au nom duquel elles peuvent limiter la portée rétroactive de l'interprétation qu'elles donnent dans leurs arrêts, reconnaissant par-là que leur jurisprudence a qualité de source du droit.

On trouve également une référence à la sécurité juridique dans deux arrêts un peu anciens rendus en matière de sécurité sociale : la sécurité des rapports juridiques, comme valeur ou idée, inspire ou justifie la règle selon laquelle l'identité de situations entraîne entre les parties l'identité de solutions³¹⁹.

En somme, pour la Cour de cassation, dans l'ordre interne, la sécurité juridique est sans doute une valeur du système de droit mais cela n'autorise pas à en déduire qu'il y a là une règle positive³²⁰. La sécurité juridique n'a pas (sur la période considérée : jusqu'au 31

³¹⁹ Cass. soc., 28 février 1980, pourvoi n° 73-11.227 ; Cass. soc., 3 juillet 1974, pourvoi n° 77-13.585, la Cour de cassation soulignait à propos d'une question d'affiliation au régime général de la sécurité sociale, « qu'il résultait du silence gardé par les organismes de Sécurité sociale sur une situation qu'ils connaissaient, une décision implicite de non-affiliation, applicable à l'ensemble du personnel médical utilisé dans des conditions identiques, l'identité des situations entraînant entre les mêmes parties l'identité des solutions, nécessaires à la sécurité de leurs rapports juridiques » ou reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir « recherché si le laboratoire était ou non fondé à considérer que la position ainsi prise était une décision de principe applicable jusqu'à nouvel ordre à l'ensemble du personnel médical utilisé dans des conditions identiques, l'identité des situations entraînant entre les mêmes parties l'identité des solutions, condition nécessaire à la sécurité de leurs rapports juridiques ».

³²⁰ Voir en sens contraire, J.-G. Huglo, La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11. L'auteur ne s'attache pas à la distinction qui nous paraît pourtant essentielle opposant la sécurité juridique comme principe-règle de droit et la sécurité juridique comme valeur, idée qui paraît inspirer une règle de droit. Par ailleurs, il retient dans son analyse les arrêts dans lesquels la notion est invoquée par les requérants au soutien du moyen qu'ils forment. Il recense sous un prétendu principe de sécurité juridique l'ensemble des solutions qui, selon lui, sont inspirées par cette notion, sans que la Cour de cassation n'utilise le terme même de sécurité juridique : pour cet auteur, il faut, « au-delà des mots et des rédactions prudentes de la Haute juridiction judiciaire, discerner les solutions jurisprudentielles qui sont implicitement fondées sur cette exigence ».

décembre 2002³²¹) acquis le statut de principe-règle de droit positif, comme c'est le cas dans l'ordre juridique communautaire et européen.

Il faut enfin noter que la Cour de cassation applique le principe tel qu'il est consacré par la Cour de justice des communautés européennes lorsqu'une question de droit communautaire lui est posée³²². Ainsi en matière d'application rétroactive d'un règlement communautaire, la Cour de cassation reprend la règle posée par la Cour de justice des Communautés européennes³²³ : « *A cet égard, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence constante de la Cour, le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce qu'un règlement soit appliqué rétroactivement, cela indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour l'intéressé, sauf en raison d'une indication suffisamment claire, soit dans ses termes, soit dans ses objectifs, permettant de conclure que ce règlement dispose autrement que pour l'avenir seul* »). Elle énonce que « *le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce qu'un règlement soit appliqué rétroactivement à des faits nés sous le régime antérieur, cela indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour l'intéressé, sauf en raison d'une indication claire, soit dans ses termes, soit dans ses objectifs, permettant de conclure que ce règlement dispose autrement que pour l'avenir seul* ». Elle décide que « *ayant relevé, d'une part, que le règlement CE n° 203/98 du 26 janvier 1998 dispose en son article 2 qu'il entre en vigueur le 21e jour suivant celui de sa publication au Journal officiel des Communautés européennes, d'autre part, que, par ce texte et les objectifs qu'il poursuit, la Commission avait uniquement entendu modifier pour l'avenir une méthode d'analyse qui ne correspondait plus à l'état d'avancement de la recherche scientifique, c'est à bon droit que la cour d'appel a dit que ce règlement ne s'appliquait pas aux opérations d'importation antérieures placées sous le régime du règlement communautaire du 22 décembre 1987* ».

En somme, l'analyse des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé une partie de l'hypothèse de départ : on a en effet vérifié que ces deux juridictions ont consacré le principe de sécurité

³²¹ Voir Cass. 2^e civ., 30 janv. 2003, pourvoi n° 99-19.488 p+ B : « c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice qui fondent les dispositions de l'article 528-1 du nouveau Code de procédure civile constituaient des impératifs qui n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Le principe joue ici un fonction rhétorique. Mais la Cour de cassation ne reprend-elle pas simplement les termes de la cour d'appel ?

³²² Cass. com., 22 octobre 2002. Pourvoi n° 00-10.715 P.

³²³ CJCE, 25 janv. 1979, Rake et 12 nov. 1981, Salumi et 29 janvier 1985, Gesamthochschule Duisburg, 234/83

juridique, la seconde s'étant inspirée d'une décision de la première. Ce principe, norme de création jurisprudentielle, a pris naissance dans les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes et s'est donc diffusé dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. De cette consécration jurisprudentielle, on peut déduire la positivité du principe : il est une authentique règle de droit dans les ordres juridiques communautaire et européen. En revanche, dans l'ordre juridique français, faute de consécration jurisprudentielle claire, la question de la positivité du principe de sécurité juridique reste posée. Cette question donne lieu à d'intenses débats doctrinaux s'agissant de l'affirmation ou de la négation de la positivité du principe en droit français. Toutefois, même si, ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'État, ni le Conseil constitutionnel ne reconnaissent l'existence d'un principe de sécurité juridique, ces trois juridictions utilisent néanmoins, dans quelques décisions, la notion de sécurité juridique. Or, si cela n'autorise à pas en déduire qu'il y a là une règle positive, on peut toutefois affirmer que la sécurité juridique est sans doute un élément de notre système de droit. Il se pourrait bien qu'un jour, la sécurité juridique acquière le statut de principe, la mutation s'opérant par le biais de la jurisprudence de l'une ou l'autre des juridictions françaises, pour l'heure encore réticentes.

5.3 – Les droits de la défense

Les droits de la défense sont présents dès les premières Déclarations de droits. Ils s'inscrivent, en effet, dans le processus de « juridicisation » des droits de l'homme. On en retrouve trace dès la Magna Carte de 1215 et dans l'habeas corpus. Le principe des droits de la défense constitue, en effet, « *la toute première garantie des droits et liberté de l'individu* »³²⁴. Il est indissolublement lié aux exigences de l'État de droit et figure, selon la Cour de justice des Communautés européennes, parmi les traditions constitutionnelles communes. On ne peut dès lors qu'être frappé par l'absence d'inscription expresse de ce principe dans la Constitution du 4 octobre 1958. De même, rares sont les textes de référence au niveau communautaire qui mentionnent l'existence de ce principe. La Convention européenne des droits de l'homme ne le contient pas non plus explicitement. Cela tient, peut être, à la difficulté de circonscrire le principe tant du point de vue de son champ d'application que de son contenu. Les théoriciens du droit vont commencer à s'intéresser à ce dernier. Les écrits de Motulsky qui font leur apparition au cours du XXème siècle constituent la première

³²⁴ ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, PUF, 2^{ème} éd., 1999, n° 287.

théorisation du principe. Même s'il n'est plus possible aujourd'hui de partager complètement la position de cet éminent auteur, on peut dire qu'il aura le mérite d'avoir systématisé le principe du respect des droits de la défense et des notions qui lui sont périphériques comme le principe du contradictoire.

Mais c'est véritablement au juge qu'il est revenu la tâche de consacrer ce principe. Ainsi, il fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt de 1828, et dans la jurisprudence administrative de 1913 (arrêt Terry). Cependant, il ne s'agit, à cette époque, que d'une conception embryonnaire du principe puisque seule la matière pénale est concernée. Or, comme cela sera envisagé dans les développements de cette étude, le juge va s'attacher à étendre le champ d'application de ce principe. La création du Conseil constitutionnel en 1958 et l'avènement des juridictions européenne des droits de l'homme et communautaire ont donné un nouvel essor à ce principe. C'est pourquoi, le champ d'application de la présente étude englobe les cinq juridictions susmentionnées.

Les différents travaux de recherche se sont effectués sur des bases de données. Pour le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes, les recherches ont été réalisées à partir des sites des juridictions en interrogeant à partir des mots clés « droit de la défense » et « droits de la défense »³²⁵. Compte tenu de la masse importante de documents, un critère de sélection des arrêts à analyser a été posé : il s'est agi de recenser les arrêts dans lesquels le juge consacrait des développements plus généraux sur les droits de la défense pour en éclairer le contenu et la fonction.

Concernant le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, les recherches ont été effectuées à la fois sur le site de Legifrance et sur les jurisprudences Lamy³²⁶. Les mots clés utilisés ont été successivement les suivants : sur Legifrance : droits défense, principe droits défense et principe fondamental droits défense, étant entendu que ce site dénombre tant les singuliers que les pluriels ; sur Lamy : « droits de la défense », puis princip* PROCHE5 « droits de la défense », et enfin princip* PROCHE5 fondament* PROCHE5 « droits de la défense ».

Les résultats obtenus avec l'interrogation première « droits de la défense » étant trop élevés pour pouvoir réaliser une étude systématique³²⁷, nous avons choisi de n'exploiter dans ce rapport que les résultats contenant au moins le terme « principe ». Avec ce second critère

³²⁵ Interroger en intégrant le terme de principe n'était pas pertinent dans la mesure où la CEDH ne présente pas les droits de la défense comme tel.

³²⁶ Les jurisprudences Lamy couvrant, pour la Cour de Cassation, uniquement la période allant de 1984 à 2003 et, pour le Conseil d'Etat, la période allant de 1981 à 2003.

³²⁷ On trouvait en effet, à titre d'exemple, sur Legifrance, 12 295 occurrences avec l'expression « droits de la défense » concernant la Cour de Cassation³²⁷ et 1603 arrêts pour le Conseil d'Etat en croisant les résultats de Legifrance et de Lamy.

de recherche, les résultats obtenus ont été les suivants : pour la Cour de Cassation 589 documents recensés et, concernant le Conseil d'Etat, 177 décisions. Enfin, avec le dernier critère de recherche intégrant l'adjectif « fondamental », on a trouvé 3 documents concernant le Conseil d'Etat et 42 pour la Cour de Cassation³²⁸.

Le premier constat qu'il est possible de faire à l'issue de cette recherche est que toutes les juridictions ont dû se prononcer sur des affaires ayant trait au respect du principe des droits de la défense. Il est intéressant de souligner qu'elles ont toutes été confrontées à la question de l'identification de ce principe (5.3.1) et au délicat exercice de détermination de ses contours (5.3.2).

5. 3. 1 - L' identification du principe

L'identification du principe passe, en premier lieu, par une observation de ce qu'il est, conduisant ainsi à préciser ses fondements et la terminologie qui l'exprime (5.3.1.1). En second lieu, il s'agit de mieux cerner le rôle qui lui est dévolu par les juridictions en examinant sa valeur dans la hiérarchie des normes ainsi que les fonctions dans lesquelles les juridictions l'emploient (5.3.1.2).

5. 3. 1. 1 - Fondements et terminologie

A l'instar de nombreux autres principes qualifiés de fondamentaux, le principe du respect des droits de la défense ne repose que très partiellement sur des fondements textuels (5.3.1.1.1) et est désigné selon une terminologie variable selon les juridictions (5.3.1.1.2).

5. 3. 1. 1. 1 - Les droits de la défense : un principe qui existe avec ou sans texte

Le principe du respect des droits de la défense n'est pas expressément inscrit dans les textes tant internes que supra-nationaux. Tout au plus, il est possible de relever l'utilisation du terme « défense », notamment, dans l'article 15 du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971³²⁹. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme se contente de faire

³²⁸ Tous ces documents n'étaient bien sûr pas pertinents et beaucoup d'entre eux ne révélaient pas la position de la juridiction étudiée puisque les droits de la défense sont le plus souvent invoqués par les parties sans être repris par la juridiction suprême.

³²⁹ L'article 15 du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 dispose que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les

allusion au droit pour tout accusé de se « défendre » lui-même ou de recourir à l'assistance d'un défenseur. Cependant, ces exemples restent relativement isolés. Dans la plupart des cas, les textes se limitent à identifier les composantes ou les corollaires des droits de la défense. Il en est ainsi de l'article 16 du nouveau code de procédure civile qui consacre le principe du contradictoire³³⁰, de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905³³¹. Il est, également, significatif de souligner que la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes n'a pas intégré le respect des droits de la défense dans les principes figurant dans l'article préliminaire du code de procédure pénale. Cependant, elle se réfère à des aspects qui s'y rattachent comme le droit pour la personne poursuivie d'être informée des charges retenues contre elle ou le droit d'être assistée par un défenseur. De même, en droit communautaire, le règlement n° 17/62 sur les modalités d'application des articles 81 et 82 CE s'intéresse seulement au droit des entreprises d'être entendues³³². En matière de dumping, les premiers règlements étaient également relativement évasifs en la matière³³³. C'est la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui a incité le législateur communautaire à adopter des textes se référant expressément à ce principe. A titre d'exemple, on peut ainsi citer le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration³³⁴ ou encore le règlement (CE) n° 2842/98 du 22 décembre 1998³³⁵ qui vise expressément dans ces considérants 3 et 4 les droits de la défense.

moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». Cet article n'est plus appliqué depuis l'entrée en vigueur du NCPC. Il a cependant été visé à maintes reprises par la Cour de cassation avec le respect du principe des droits de la défense.

³³⁰ Voir aussi, entre beaucoup d'autres, l'article 188 de l'ancien Code de procédure civile qui dispose que : « *les parties pourront respectivement demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles dans les trois jours ou lesdites pièces auront été signifiées ou employées* ».

³³¹ L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905 dispose que « *tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté* ».

³³² Article 19 du Règlement CE n° 17/62 du Conseil du 6 février 1962.

³³³ Voir, en particulier, le règlement n° 459/68 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, dit « règlement de base ». Ce texte a été, par la suite, remplacé par le règlement n° 2423/88 du 11 juillet 1988, *JOCE*, n° L. 209 du 2 août 1988.

³³⁴ Règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration, *JOCE*, n° L. 395 du 30 décembre 1989, modifié par le règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997, *JOCE*, n° L. 180 du 9 juillet 1997. L'article 18§ 3 de ce dernier dispose ainsi que « *les droits de la défense des intéressés sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure* ».

³³⁵ Règlement (CE) n° 2842/98 du 22 décembre 1998, *JOCE*, n° L. 354 du 30 décembre 1998. Voir, dans le sens du suivi des exigences posées par la jurisprudence de la Cour de justice par le législateur communautaire, le règlement n° 3283/94 du 22 décembre 1994, *JOCE*, n° L. 349 du 31 décembre 1994, remplacé par le règlement n° 384/96 du 22 décembre 1995, *JOCE*, n° L. 56 du 6 mars 1996.

Cette rapide analyse transversale des textes fait d'emblée ressortir le rôle des différentes juridictions étudiées : en l'absence de dispositions explicites en ce sens, ce sont elles qui ont pris l'initiative de faire émerger un principe de respect des droits de la défense.

Chaque juridiction, en fonction de sa propre spécificité, a placé au centre de sa jurisprudence le principe des droits de la défense. Le Conseil d'État a ainsi dégagé un tel principe en l'absence de texte. Dans l'arrêt *Aramu et autres* du 26 octobre 1945³³⁶, le juge administratif a jugé qu'il résulte des « *principes généraux du droit applicable même en l'absence de texte* » qu'une sanction disciplinaire ne peut être légalement prononcée sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense. En l'espèce le juge administratif a donc « découvert » un nouveau principe général du droit. Le Conseil constitutionnel, après avoir évoqué le principe du respect des droits de la défense sans lui donner véritablement de fondement constitutionnel, a fini par s'appuyer sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République issus du Préambule de la Constitution de 1946. La décision fondatrice, en la matière, est celle du 2 décembre 1976³³⁷. Il convient de souligner que le juge constitutionnel n'a pas pris la peine de signifier quelles étaient les « lois de la République » auxquelles il faisait référence. Cependant, comme l'ont relevé certains auteurs, nombreuses sont les lois de la III^e République qui peuvent servir de fondement à ce principe³³⁸. Il est intéressant de souligner que la rédaction de la décision n° 90-285 DC, Loi de finances pour 1991³³⁹ semble donner, au-delà des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 comme fondement. On peut lire, en effet, dans la décision « *Considérant qu'il résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense* » (cons. n° 55). Cette vision semble suivie par le juge administratif. En effet, celui-ci, dans un arrêt du 5 mars 1999, Pelletier, a affirmé que « *le requérant ne peut utilement se prévaloir (...) du principe des droits de la défense posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* »

³³⁶ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, Rec., p. 213.

³³⁷ CC, décision n° 76-70 du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, cons. n° 2.

³³⁸ Voir, sur ce point, Favoreu L. et Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12^{ème} édition, 2003.

³³⁹ Rec., p. 95, cons. n° 55.

Dans le même ordre d'idée, la Cour européenne des droits de l'homme s'est également appuyée sur ses textes de référence pour dégager des droits de la défense. Elle le fait, en effet, ressortir de l'article 6 § 3 de la Convention.

La Cour de justice des Communautés européennes, quant à elle, s'inscrit simultanément dans les deux hypothèses susvisées. Elle a, en effet, été confrontée à une consécration du principe avec et sans texte. En présence de textes (en particulier le règlement n° 17/62 précité) elle a interprété les droits reconnus aux entreprises en faisant référence au principe fondamental du respect des droits de la défense. L'arrêt Hoffman Laroche du 13 février 1979 en est l'un des arrêts fondateurs en matière de droit de la concurrence. En matière de dumping, on peut citer l'arrêt Al Jubail de 1991 dans lequel la Cour de justice interprète l'article 7§4 du règlement de base à la lumière de la notion de droit fondamental de la défense³⁴⁰. En l'absence de textes, la Cour de justice prend soin de préciser que les droits de la défense s'appliquent même dans les procédures où il n'y a pas de dispositions équivalentes à celles du droit de la concurrence. La Cour de justice a ainsi consacré les droits de la défense bien avant de commencer à se référer à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence des organes de Strasbourg. Pour la Cour de justice, les droits de la défense découlent des principes fondamentaux du droit communautaire³⁴¹.

En ce qui concerne la Cour de cassation, elle a été directement influencée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant au fondement à donner au principe du respect des droits de la défense. En effet, bien qu'elle ait consacré ce principe à partir de 1960³⁴², elle s'est refusée à prendre position sur son fondement. L'étude de sa jurisprudence en la matière n'a donc pas permis, pendant longtemps, d'établir une logique jurisprudentielle claire. Le principe des droits de la défense est, en effet, rarement visé seul dans les visas³⁴³. Ce n'est pas pour autant qu'il a été possible de relier le principe étudié aux dispositions avec lesquelles il était cité. En effet, soit le juge judiciaire visait le principe des droits de la défense conjointement à des dispositions ayant un lien plus ou moins tangible avec celui-ci³⁴⁴, soit elle visait le principe étudié avec des textes qui lui étaient totalement étrangers³⁴⁵. Mais dans un cas comme dans l'autre, il n'était pas possible de relier expressément de telles normes avec le

³⁴⁰ CJCE, arrêt du 27 juin 1991, Al Jubail Fertilizer, aff. C. 49/98, *Rec.*, p. I-3187.

³⁴¹ Cf. Annexe V.

³⁴² Le premier arrêt recensé sur Legifrance a été rendu par la 1^{ère} chambre civile le 23 novembre 1960, *Bull. civ. I.*, n° 514.

³⁴³ Il est, en effet, intéressant de relever que sur les 62 décisions rendues avant l'arrêt Belhomme comportant la référence au principe du respect des droits de la défense, 9 seulement le visent seul.

³⁴⁴ A titre d'exemple, voir, en particulier, l'article 188 de l'ancien Code de procédure civile qui concerne la communication des pièces entre les parties, ou encore, les articles 7, 15 et 16 du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 précité.

³⁴⁵ Voir, notamment, les articles 232 et 1134 du Code civil, les articles 188, 302, 304 et 315 de l'ancien code de procédure civile.

principe du respect des droits de la défense. Dans l'arrêt Belhomme de 1995³⁴⁶, le juge judiciaire, en prenant acte de la constitutionnalisation de ce principe par la jurisprudence constitutionnelle au travers des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, lui reconnaît un fondement constitutionnel.

En définitive, le principe du respect des droits de la défense provient d'une démarche active et créatrice du juge car, même en présence de textes s'y rapportant, il apparaît que les différentes juridictions ont cherché à s'affranchir des limites textuelles, chacune construisant le champ selon ses références terminologiques.

5. 3. 1. 1. 2 - Une terminologie propre à chaque juridiction

Le principe des droits de la défense illustre parfaitement les variations terminologiques mises en évidence précédemment dans l'étude³⁴⁷

Si toutes les juridictions étudiées appliquent les droits de la défense, elles le formalisent selon une terminologie différente. On relève que, mis à part le cas particulier de la Cour européenne des droits de l'homme qui parle directement de « droits de la défense », les autres juridictions les qualifient de « principe ».

Ainsi, depuis 1976, le Conseil constitutionnel désigne ce principe sous l'appellation de principe fondamental reconnu par les lois de la République³⁴⁸. Il convient cependant de souligner que dans certaines décisions, le juge constitutionnel parle de « principes généraux du droit » en y incluant les droits de la défense. Ainsi, dans une décision du 16 janvier 1991, il est écrit que l'autorité administrative doit respecter les principes généraux du droit et « *notamment des droits de la défense* »³⁴⁹.

La Cour de justice des Communautés européennes a adopté une démarche quelque peu similaire à celle du Conseil constitutionnel. Elle a d'abord fait, très tôt, référence au principe des droits de la défense bien avant de l'ériger au rang d'un principe fondamental du droit communautaire comme en atteste l'arrêt SNUPAT du 22 mars 1961³⁵⁰. Désormais, elle le désigne comme étant un « principe fondamental du droit communautaire ». Cependant, le vocabulaire connaît des variations car le juge communautaire utilise, de manière alternative,

³⁴⁶ Cass., Ass. plénière, 30 juin 1995, Belhomme, *Bull.*, A.P., n° 4, p. 7 ; *JCP*, 1995, II, 22478, concl. Jéol, note Perdriau ; *D.*, 1995, jurisp., p. 513.

³⁴⁷ Cf. 4. 2 – L'analyse comparée des principes fondamentaux et des équivalents fonctionnels.

³⁴⁸ Voir la décision n° 76-70 du 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, précitée.

³⁴⁹ Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, (cons. n° 28).

³⁵⁰ *Aff. jointes* 42/59 et 49/59, *Rec.*, p. 156

d'autres terminologies pour se référer au principe étudié. C'est ainsi que dans un arrêt du 5 octobre 1988, *Technointorg contre Commission et Conseil des CE*³⁵¹, la Cour indique en intitulé « *Sur la violation du principe général du respect des droits de la défense* ». Dans cette affaire, la Cour a donc fait directement référence à la notion de principe général pour désigner les droits de la défense.

Ces variations terminologiques n'étonnent guère dans les arrêts de la Cour de justice des communautés européennes mais on comprend, s'agissant des droits de la défense, qu'elle puisse les qualifier de « principe fondamental » ou de « droit fondamental » par référence à un texte³⁵², de principe général du droit communautaire lié aux traditions constitutionnelles communes ou encore de droit fondamental du droit communautaire³⁵³.

Le Conseil d'État a intégré d'emblée les droits de la défense dans le corps des règles générales de procédure. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *Terry* du 20 juin 1913 précité³⁵⁴. Par la suite, cette terminologie sera modifiée. Cela s'explique par la volonté du juge administratif de faire évoluer le statut de ce principe. Ainsi, celui-ci va utiliser le terme de « *principe général du respect des droits de la défense* »³⁵⁵, pour aboutir à l'arrêt du 31 octobre 1980 *Fédération nationale des unions de jeunes avocats et fédération de l'Éducation nationale* dans lequel il désigne les droits de la défense comme un « principe général du droit ». Il convient cependant de relever que le juge administratif continue, après cette date, à utiliser alternativement plusieurs expressions pour se référer au principe étudié : « principe des droits de la défense » (70 fois) ; « principe du respect des droits de la défense » (48 fois) ; « principe général des droits de la défense » (35 fois) ; « principe général du respect des droits de la défense » (15 fois) ; « principes généraux du respect des droits de la défense » (3 fois) ; « principe du respect des droits de la défense » (1 fois). Le juge administratif ne s'attache donc pas à spécifier, systématiquement, qu'il s'agit d'un principe général du droit.

Toutefois lorsqu'il souhaite situer le principe au rang constitutionnel, il s'exprime en d'autres termes. Dans un arrêt du 10 mars 1999³⁵⁶, le juge administratif a ainsi indiqué qu'il « *résulte tant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soit garanti le principe du respect des droits de la défense*

³⁵¹ Affaires jointes n° 294/86 et 77/87, Rec., 1988, p. 06077

³⁵² Voir *supra* les fondements textuels (5.3.1.1.2).

³⁵³ Cf. 4.2.2.2 – L'instabilité du vocabulaire utilisé par certaines juridictions.

³⁵⁴ CE, arrêt du 20 juin 1913, *Terry*, Rec., p. 736.

³⁵⁵ Arrêt 3 décembre 1969, *Sieur Chevrot*

³⁵⁶ CE, arrêt du 10 mars 1999, *SARL société d'exploitation de la clinique Paofai*, inédit.

(...) ». Dans le même ordre d'idée, dans un arrêt du 25 mars 2002, Madame Tiraspolky, le Conseil d'État parle de « *principe constitutionnel du respect des droits de la défense* » .

Il n'est pas de même pour la Cour de cassation dont le vocabulaire a varié. Si elle utilise le plus souvent la circonlocution de « principe du respect des droits de la défense », elle a parfois repris la terminologie du Conseil d'État, en parlant de principes généraux du droit dans quelques arrêts isolés comme celui du 1^{er} juillet 1994³⁵⁷, ou encore de « principe fondamental de garantie des droits de la défense »³⁵⁸. Néanmoins elle s'est parfois montrée perméable à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, dans l'arrêt Belhomme de 1995³⁵⁹, la Cour de cassation parle de « droit fondamental à caractère constitutionnel » pour désigner les droits de la défense tout comme le Conseil constitutionnel lorsqu'il affirme, dans sa décision n° 325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, que ceux-ci « *constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère, ou apatrides, un droit fondamental de caractère constitutionnel* » (cons. n° 84). La même terminologie sera reprise, quelques années après, par la chambre sociale dans un arrêt du 27 mai 1999³⁶⁰.

5. 3. 1. 2 - Valeur et fonction du principe

La terminologie employée le montre, le principe est situé au plus haut rang des normes nationales, communautaires et européennes (5. 3. 1. 2. 1) et constitue un instrument de création et de prévalence-éviction fort utilisé par les différentes juridictions suprêmes (5. 3. 1. 2. 2).

5. 3. 1. 2. 1 - La consécration du principe du respect des droits de la défense au plus haut rang des hiérarchies des normes

L'étude des différentes jurisprudences fait nettement ressortir que la valeur du principe du respect des droits de la défense n'a fait que croître pour atteindre le plus haut rang des hiérarchies des normes telles qu'affirmées par les juridictions nationales, communautaires et

³⁵⁷ CC, Ass. plénière, 1^{er} juillet 1994, *Bull.*, A.P. n° 5, p. 9. Dans cet arrêt, les droits de la défense sont rangés parmi les principes généraux du droit. On peut penser que le juge judiciaire a ici repris le moyen qui invoquait la jurisprudence administrative sur l'obligation de motiver une décision de sanction prise en considération de la personne. A noter également un arrêt plus ancien de la chambre criminelle du 27 avril 1981 qui parle également de « principes généraux assurant le respect des droits de la défense » (*Bull.*, crim., n° 126).

³⁵⁸ Cass. com, 31 mai 1994, inédit.

³⁵⁹ Cass. Ass. plénière, 30 juin 1995, *Belhomme*, *Bull.*, A.P., n° 4, p. 7

³⁶⁰ Cass. soc, 27 mai 1999, *Bull.*, 1999, V, n° 246, p. 178.

européenne. C'est ainsi que certains auteurs ont parlé d'une véritable « *montée en puissance du principe* ». ³⁶¹

En droit interne, le principe du respect des droits de la défense a, comme cela a été souligné supra, d'abord été assimilé à une règle générale de procédure par le Conseil d'État comme cela ressort, notamment, des arrêts Rainaut du 18 novembre 1964 et Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne du 13 décembre 1968. Celle-ci était certes applicable même sans texte mais elle était susceptible d'être modifiée par l'autorité réglementaire. Par la suite, le juge administratif l'a érigé en un principe général du droit qui s'impose, selon Conseil d'État, « *à toute autorité réglementaire* » ³⁶².

Mais c'est par l'intermédiaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le principe du respect des droits de la défense est entré dans le bloc de constitutionnalité. Les droits de la défense ont été cités pour la première fois, par le Conseil constitutionnel, dans une décision du 2 décembre 1976 ³⁶³. Dans cette décision, le juge constitutionnel les qualifie de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Dans la décision des 19-20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel a affirmé la pleine valeur constitutionnelle des droits de la défense ³⁶⁴.

Après que certains auteurs ont émis des doutes sur la valeur constitutionnelle de ce principe en dehors de la matière pénale ³⁶⁵, le Conseil constitutionnel reconnaît clairement la valeur constitutionnelle du principe dans les décisions n°184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, et n° 182 DC du 18 janvier 1985, Administrateurs judiciaires. En effet, la juridiction constitutionnelle utilise, en l'espèce, directement ce principe pour examiner la constitutionnalité de dispositions portant, d'une part sur des procédures disciplinaires et, d'autre part, sur des perquisitions ou visites domiciliaires en matière fiscale. La décision la plus explicite est celle n° 224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence ³⁶⁶. Celle-ci consacre la valeur constitutionnelle du principe même en matière non pénale. Le moyen a été soulevé d'office par le juge constitutionnel. Ce cas est d'autant plus intéressant que c'est la

³⁶¹ Frison-Roche M.A, Gare T., « les droits de la défense en matière pénale », in *Liberté et droits fondamentaux*, Cabrillac R. Frison-Roche M.A., Revet T, (sous la dir. de), Paris, Dalloz, 2003, 9^{ème} éd., p. 469-487, spéc., p. 480.

³⁶² CE, Section, arrêt du 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, *Rec.*, p. 394.

³⁶³ CC, décision n° 76-70 du 2 décembre 1976, Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail (cons. n° 2).

³⁶⁴ Voir le cons. n° 52. Dans cette décision, le juge constitutionnel a invalidé une disposition de la loi qui permettait au président de toute juridiction de l'ordre judiciaire d'écarter discrétionnairement de la barre, pendant deux jours, un avocat ayant troublé la « sérénité des débats ». La Haute instance a ainsi considéré qu'une telle prévision était contraire « aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république ».

³⁶⁵ Sur ce point, voir en particulier, Genevois B., *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, STH, 1988, p. 274, n° 444.

³⁶⁶ Voir également la décision du 17 janvier 1989, *CSA* et celle du 29 décembre 1989 (268 DC, *Rec.*, 110, *RJC* I-382) qui invalide une disposition instituant une amende fiscale sans astreindre l'administration à respecter les droits de la défense.

première fois que le Conseil prononçait une annulation pour violation des droits de la défense en matière non pénale.

La valeur constitutionnelle du principe sera reconnue en 1995 par la Cour de cassation et en 1999 et 2002 par le Conseil d'Etat

Pour certains auteurs, la valeur que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes reconnaissent au respect du principe des droits de la défense « *constitue en elle-même une garantie, équivalente à celle engendrée par la valeur constitutionnelle des principes* »³⁶⁷. La Cour européenne des droits de l'homme considère, en effet, que les droits de la défense constituent un « *élément essentiel du droit à un procès équitable* »³⁶⁸ lequel occupe, toujours selon le juge de Strasbourg, une « *place éminente* » dans une société démocratique³⁶⁹. De même, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, les droits de la défense font partie des principes « *qui sont à la base du système juridictionnel national* »³⁷⁰. Ainsi, au niveau supranational, le principe du respect des droits de la défense se situe également en haut de la hiérarchie des normes. De plus, le fait qu'il soit d'applicabilité directe permet aux juges de droit commun de contrôler les normes de droit interne directement par rapport à lui. C'est ainsi que la référence à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a permis d'invalider la procédure devant la Commission des opérations boursières³⁷¹.

5. 3. 1. 2. 2 - Les fonctions du principe du respect des droits de la défense

Le principe du respect des droits de la défense, qu'il soit qualifié de fondamental ou de général, qu'il soit règle nationale, communautaire ou européenne, se décline parfaitement dans le cadre des trois fonctions dégagées. Sa mobilisation peut résulter de la volonté des juges d'imposer les règles qu'il comprend (fonction créatrice), de faire prévaloir ces règles

³⁶⁷ Frison-Roche M.A, Gare T., « les droits de la défense en matière pénale », in *Libertés et droits fondamentaux*, Cabrillac R., Frison-Roche M.A., Revet T., (sous la dir. de), Paris, Dalloz, 2003, 9^{ème} éd., p. 469-487, spéc., p. 482.

³⁶⁸ En ce sens, voir, entre autre, CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, Bricmont c. Belgique, Série A n° 158, § 81. De même, dans un arrêt *P.G. et J.H. c. Royaume Uni*, 25 septembre 2001 (Rec., 2001-IX), la Cour a indiqué que « le principe d'égalité des armes entre l'accusation et la défense, ainsi que le caractère contradictoire du procès, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable » (§ 67).

³⁶⁹ CEDH, arrêt du 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, § 30. La Cour reprend cette terminologie, notamment, dans l'arrêt *Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, Rec., 1997 VII, § 73.

³⁷⁰ CJCE, arrêt du 14 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre État Belge*, Aff. C-312/93, Rec., 1995, p. I-04599.

³⁷¹ Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *LPA*, 15 février 1999

(fonction de prévalence-éviction) ou fréquemment encore, de construire une argumentation (fonction rhétorique).

L'étude de la fonction du principe des droits de la défense se situe dans l'axe des trois fonctions qui ont été dégagées dans le rapport intermédiaire du mois d'avril 2003.

Il est d'ores et déjà possible d'affirmer que, la Cour de cassation lui donne essentiellement, depuis 1995, une fonction rhétorique. On distingue, en effet, deux périodes dans la jurisprudence judiciaire, la césure entre les deux étant constituée par l'arrêt Belhomme du 30 juin 1995.

Avant que la défense ne soit dite comme étant un « *droit fondamental à caractère constitutionnel* », en 1995, le principe qui nous occupe semblait être mobilisé pour jouer deux fonctions différentes : une fonction créatrice et une fonction rhétorique.

Le principe était ainsi utilisé de façon créatrice en fondant l'extension d'un texte cité ou visé. Ainsi, par exemple, dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile en date du 23 novembre 1960, la Cour de Cassation tire des articles 1315 du Code Civil et 188 de l'Ancien Code de Procédure Civile (lequel dispose : « *les parties pourront respectivement demander, par un simple acte, communication des pièces employées contre elles dans les trois jours où lesdites pièces auront été signifiées ou employées* ») et du principe du respect des droits de la défense le chapeau suivant : « *celui qui se sert d'une pièce au cours des débats a l'obligation de la faire connaître préalablement à la partie adverse* », règle non expressément énoncée par les textes visés. Mais le principe visé seul pouvait permettre de combler des lacunes, d'envisager des hypothèses non spécifiquement prévues par les textes. Par exemple, dans un arrêt de la chambre commerciale du 5 décembre 1972, la Cour de Cassation tire du principe visé le chapeau suivant : « *le tribunal de commerce ne peut refuser d'homologuer un concordat sans que le débiteur ait été mis préalablement en mesure de présenter ses moyens* ».

Néanmoins, on ne peut contester la fonction rhétorique que jouait le principe de respect des droits de la défense dans certains arrêts antérieurs au 30 juin 1995. Ainsi en était-il lorsque la Cour de Cassation visait le principe avec un texte et que, dans le chapeau, elle reprenait intégralement le texte visé. On peut citer comme exemple un arrêt de la Chambre Sociale du 13 novembre 1985 dans lequel elle vise, avec le principe de respect des droits de la défense, l'article 16 du Nouveau Code de Procédure Civile et énonce dans le chapeau : « *aux termes de ce texte, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction et ne peut retenir, dans sa décision, que les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Ceci est un cas qui illustre parfaitement le rôle

, purement rhétorique que peut jouer le principe qui nous occupe puisque rien n'est rajouté au texte visé.

Après l'arrêt Belhomme, on pouvait s'attendre à voir apparaître une fonction de prévalence-éviction avec l'apparition de l'adjectif fondamental dans la motivation de la Haute juridiction judiciaire, il n'en fût rien et la référence au principe joue aujourd'hui une fonction essentiellement rhétorique³⁷².

En revanche, ce sont la fonction de prévalence-éviction et la fonction créatrice qui se retrouvent principalement devant les autres juridictions étudiées. En effet, l'élévation du principe du respect des droits de la défense, par la juridiction constitutionnelle, en principe fondamental reconnu par les lois de la république lui a permis d'une part de combler une lacune importante du bloc de constitutionnalité et, d'autre part, de faire prévaloir ce principe sur les dispositions adoptées par le législateur ordinaire et organique. La fonction créatrice est d'ailleurs peut-être celle qui est la plus utilisée par le juge constitutionnel dans la mesure où il rappelle de manière récurrente que le principe étudié est applicable même si le législateur ne l'a pas mentionné. Ainsi, par exemple, dans une décision n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, Loi de finances pour 2000, il affirme que le respect des droits de la défense s'impose également « à l'autorité administrative dans le silence de la loi »³⁷³.

Devant le Conseil d'État le principe des droits de la défense joue un rôle de prévalence-éviction dans la plupart des cas. En effet, il permet d'écarter la norme réglementaire car il révèle par exemple que celle-ci est entachée d'un excès de pouvoir³⁷⁴ ou il permet encore d'annuler une décision juridictionnelle irrégulière du fait qu'elle porte atteinte à ce principe³⁷⁵. La fonction créatrice est parfois bien mise en relief par la Haute juridiction administrative. Ainsi en est-il par exemple dans un arrêt du 30 avril 1997 Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale dans lequel le Conseil d'Etat souligne que bien que les dispositions critiquées ne prévoient pas certaines garanties procédurales (communication d'information par les CPAM aux médecins), le principe du respect des droits de la défense est là pour pallier cette carence puisqu'il s'applique même en l'absence de texte.

³⁷² Monsieur Morvan affirme, ainsi, que le recours au principe du respect des droits de la défense dans l'arrêt *Belhomme* était inutile pour imposer la solution adoptée et ne procède que du souci de la Cour de cassation « de marquer en termes solennels son attachement à un principe issu du droit privé et reçu en droit constitutionnel (...) l'intérêt pour le juge judiciaire de proclamer la valeur constitutionnelle d'un principe de droit privé paraît plus rhétorique que juridique » in Morvan P., *Le principe de droit privé*, Paris, LGDJ, 1999, n° 659, p. 630-631.

³⁷³ CC, décision n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, Loi de finances pour 2000, cons. n° 60.

³⁷⁴ Voir notamment CE, 21 avril 1989, Fédération Nationale des Organismes de gestion des établissements d'enseignement catholique et autres

³⁷⁵ Voir notamment CE 23 février 2000, Société Labor Metal et autres.

La création du juge peut également passer par l'application d'un texte à des situations non prévues par les dispositions. Le mécanisme est très expressément exposé dans un arrêt du Conseil d'État du 30 mai 2001, Société anonyme Dubus puisque la Haute juridiction administrative tire un principe général des droits de la défense d'un texte (l'article L54B) pour en étendre le champ d'application : « *cet article L54B énonce un principe général des droits de la défense et a donc un champ d'application plus large que l'article L56, puisqu'il s'applique à toutes les procédures de redressement, y compris celles relatives à la taxe professionnelle en litige* ». L'utilisation du terme « principe » semble néanmoins, dans certains arrêts, purement rhétorique dans la mesure où l'annonce de la violation des droits de la défense suffirait³⁷⁶ ; l'utilisation de l'expression principe général n'apporte rien à la solution du litige. Le principe général des droits de la défense remplit donc, pour le Conseil d'Etat, les trois fonctions identifiées pour les principes fondamentaux.

Quoiqu'elle ne les présente pas sous la forme d'un principe, la Cour européenne des droits de l'homme a eu recours aux droits de la défense pour combler les lacunes du texte conventionnel en même temps qu'il a permis au juge de Strasbourg de sanctionner de nombreux systèmes au regard de ces derniers. En conséquence, les droits de la défense ont devant le juge européen des droits de l'homme à la fois une fonction créatrice et une fonction de prévalence-éviction. Il en est de même en droit communautaire. L'utilisation des droits de la défense en tant que principe fondamental du droit communautaire permet à la Cour de justice d'invalider certaines procédures ou comportements. De plus, ce même principe lui permet d'étendre la portée de certains textes qui, comme cela a été souligné, ne visaient que certains aspects des droits de la défense. Dans les deux systèmes supranationaux, la fonction de prévalence assignée au principe du respect des droits de la défense va relativement loin puisqu'elle permet au juge aussi bien européen des droits de l'homme que communautaire d'interpréter restrictivement les limitations qui pourraient être opposées à ce dernier. Ainsi, la Cour de justice des Communautés a-t-elle précisé que l'article 14 du règlement n° 17 (qui porte sur les pouvoirs de vérification de la Commission) « *ne saurait recevoir une interprétation aboutissant à des résultats qui seraient incompatibles avec les principes généraux du droit communautaire, et notamment avec les droits fondamentaux* » dont font partie les droits de la défense³⁷⁷. De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné dans l'arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, du 23 mai 1997³⁷⁸ que

³⁷⁶ CE 8 avril 1998 M. Habi

³⁷⁷ CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst AG contre Commission des CE, Affaires jointes n° 46/87 et 227/88, Rec., 1989, p. 02859, § 12.

³⁷⁸ CEDH, arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, du 23 mai 1997, Rec., 1997-II. §53

« les principes du procès équitable commandent également que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer ». Toutefois, elle a pris soin de préciser qu' « en règle générale, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire »³⁷⁹. Elle a également ajouté, dans un arrêt Ocalan c. Turquie, 12 mars 2003 que les droits de la défense ne peuvent pas être « limités pour des raisons qui ne concernent pas directement le procès »³⁸⁰.

5. 3. 2 - Le travail jurisprudentiel de délimitation du principe du respect des droits de la défense

La spécificité du principe du respect des droits de la défense réside dans le fait que, quelle que soit sa dénomination et quelque soit sa source, il apparaît toujours en expansion, devant les différentes juridictions suprêmes, et très similaire quant à son champ d'application et quant à son contenu. Il présente une évolution quasi-identique dans la jurisprudence des différentes juridictions sans que l'on puisse toujours précisément déterminer l'origine de la jurisprudence.

5. 3. 2. 1 - Champ d'application (en surface)

Le champ d'application du principe s'est accru, tant concernant les bénéficiaires (5.3.2.1.1) que s'agissant des procédures auxquelles il doit être appliqué (5.3.2.1.2). Il est aujourd'hui relativement homogène entre les juridictions concernées.

5. 3. 2. 1. 1 - Le choix des titulaires

D'une manière générale, les différentes juridictions étudiées s'attachent à faire bénéficier du principe du respect des droits de la défense le plus grand nombre possible de titulaires. Ainsi, les personnes morales tout comme les personnes physiques peuvent se prévaloir de ce principe. L'on citera à titre d'exemple, les entreprises dans le cadre des procédures communautaires. Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, que les personnes

³⁷⁹ Dans le même sens voir, également, CEDH, arrêt P.G. et J.H. c. Royaume Uni, 25 septembre 2001, Rec., 2001-IX, § 68.

³⁸⁰ CEDH, arrêt Ocalan c. Turquie, 12 mars 2003, non publié, § 156.

morales étaient également titulaires des droits de la défense³⁸¹. Il semble que le Conseil d'État se soit rangé à la position du juge constitutionnel. L'arrêt du 21 avril 1989, Fédération Nationale des Organismes de gestion des établissements d'enseignement catholique et autres, est, en effet, le premier arrêt dans lequel la question de savoir si les personnes morales peuvent être titulaires de ce droit est traitée. En l'espèce, la juridiction administrative a répondu de manière positive.

Par ailleurs, le juge constitutionnel, dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, a également précisé que les étrangers sont titulaires des droits de la défense au même titre que les nationaux. Il affirme, en effet, dans cette décision, que les droits de la défense « *constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel* ». La Cour de cassation, a également, pour la première fois, dans un arrêt du 23 septembre 1999, fait application du principe des droits de la défense aux étrangers³⁸².

Selon le juge communautaire, ce principe est invocable par les États eux-mêmes, par exemple en matière d'apurement des comptes du FEOGA³⁸³.

5. 3. 2. 1. 2 - Les domaines

Les différentes juridictions étudiées se rejoignent ici dans un mouvement de convergence : celui de la généralisation de l'application du principe du respect des droits de la défense.

- Les critères d'application du principe

Il est intéressant de constater que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel utilisent le même critère d'application du principe du respect des droits de la défense. En effet, pour ces deux juridictions, les droits de la défense sont applicables à toute mesure ayant le caractère de sanction que cela soit en matière pénale, disciplinaire ou autre. Cette conception rejoint l'idée de « matière pénale » telle qu'elle est développée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le Conseil d'État a ainsi fait entrer dans le champ d'application du principe les mesures d'éviction ou de licenciement prises en considération de la personne qui en est l'objet, le

³⁸¹ Il a, en effet, affirmé que les dispositions contestées devant lui ne « *font pas obstacle à ce que les personnes morales en question puissent se prévaloir des droits de la défense qui leur sont éventuellement reconnus par les lois, les règlements ou les principes généraux du droit* »

³⁸² Cass. civ. 2^{ème}, 23 septembre 1999, pourvoi n° 97-50.07.

³⁸³ CJCE, 29 janvier 1998, République hellénique c. Commission, aff. C-61/95, Rec. p. I-207, point 39

retrait par l'administration d'une qualité ou d'un avantage etc. Ainsi, dès lors que la sanction revêt un caractère de gravité suffisante et qu'elle est prise en fonction du comportement de la personne concernée ou de ses activités, l'administration doit respecter le principe, que ce soit au sein ou hors du droit de la fonction publique³⁸⁴, dans une procédure contentieuse ou non. A noter que le principe des droits de la défense ne s'applique qu'aux décisions individuelles³⁸⁵.

Il convient également de relever qu'en la matière, le Conseil d'État a calqué sa jurisprudence sur celle du Conseil constitutionnel. En effet, le considérant de principe de l'arrêt du 10 mars 1999, SARL Société d'exploitation de la Clinique PAOFAL, est la reprise exacte du considérant n° 56 de la décision n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, Loi de finances pour 1991³⁸⁶. En effet, on peut lire dans la décision du Conseil constitutionnel précitée que les exigences découlant du respect du principe des droits de la défense « *ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* ». De la même manière, le juge administratif a ainsi affirmé, que l'exigence du respect des droits de la défense « *s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si les textes applicables laissent le soin de la prononcer à une autorité non juridictionnelle* ».

Plus souple est la position de la Cour de justice en la matière. Il ressort, en effet, de l'arrêt Hoffmann-la Roche/Commission du 13 février 1979, que le principe du respect des droits de la défense s'impose « *dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci* ». De plus, dans un arrêt du 28 mars 2000, Dieter Krombach contre André Bamberski, la Cour a rappelé que les droits de la défense, en tant que principe fondamental de droit communautaire, doivent s'appliquer « *même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause* »³⁸⁷. Seules

³⁸⁴ La jurisprudence a cependant posé deux limites à l'application de ce principe qui ont été partiellement remises en cause par le décret du 28/11/83 puis par la loi du 12/04/00. D'une part, le principe ne s'applique pas, sauf texte contraire, quand est prise une mesure de police car celle-ci revêt un caractère préventif sans constituer pour autant une sanction. Ainsi ne sont pas soumises au principe les mesures prises dans l'intérêt de l'ordre, de la santé ou de la sécurité publique. Mais depuis le décret et la loi précités, ces mesures ne peuvent être prises qu'après que l'intéressé ait été mis à même de présenter ses observations sauf cas d'urgence, circonstances exceptionnelles ainsi que nécessités de l'ordre public et de conduite des relations internationales. D'autre part, le respect du principe n'est pas non plus exigé dans les hypothèses où l'administration ne porte aucune appréciation sur le comportement d'un administré ou d'un agent public et se borne à tirer les conséquences juridiques d'une situation à caractère objectif. Mais cette solution a été infléchie par les textes précités puisque le retrait d'un acte créateur de droits ne peut intervenir sans que la personne concernée ait été mise à même de présenter ses observations.

³⁸⁵ CE, 9 novembre 1998, Baruet et autres Gaec Morin

³⁸⁶ CC, décision n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, Loi de finances pour 1991, cons. n° 56 ; voir également, décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. n° 30 ; décision n° 2000-433, 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. n° 50.

³⁸⁷ CJCE, arrêt du 28 mars 2000, Dieter Krombach contre André Bamberski, Aff. C-7/98, Rec., 2000, p. I-01935.

ne sont pas concernées les procédures législatives ou encore la phase préliminaire de gestion des programmes communautaires.

- Un principe applicable à toutes les procédures contentieuses ou non

L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est ici très présente. En effet, l'interprétation de l'article 6 de la Convention par le biais des notions autonomes de matière pénale et de contestation sur des droits civils et politiques a permis au juge européen d'étendre l'application des droits de la défense à la matière disciplinaire des États membres mais aussi à une partie du contentieux de la fonction publique. L'arrêt de principe est celui du 8 juin 1976, rendu par la Cour plénière dans l'affaire Engel c/ Pays-Bas³⁸⁸. Cette volonté d'imposer le respect des droits de la défense a été explicitée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts postérieurs, notamment celui du 21 février 1984, Osturk : *« si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'administrative plutôt que pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine, une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention »*.

De plus, le juge de Strasbourg a également insisté sur l'application des droits de la défense avant l'instance. En effet, comme le souligne la Cour, même si l'article 6 a pour finalité principale de s'assurer d'un procès équitable devant un « Tribunal » compétent pour décider du « bien-fondé de l'accusation », *« il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Les exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent-elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès (voir, par exemple, Imbrioscia c. Suisse, arrêt du 24 novembre 1993, Série A n° 275, p. 13, § 36) »*³⁸⁹. Les droits de la défense, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, transcendent la distinction classique entre les différents contentieux. C'est pourquoi, l'application des droits de la défense à la matière pénale a été examinée par toutes les juridictions.

Le Conseil d'État, bien avant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a certes étendu lui aussi le champ d'application des droits de la défense avec l'arrêt

³⁸⁸ CEDH 8 juin 1976.

³⁸⁹ CEDH, arrêt Sarikaya c. Turquie, 22 avril 2004, non encore publié, § 35. La Cour européenne a pris cette position pour la première fois dans un arrêt du 6 décembre 1988, Barbera, Messegué et Jabardo c/ Espagne, Série A n° 146.

Dame Veuve Trompier-Gravier du 5 mai 1944³⁹⁰. A l'origine, les garanties essentielles de la défense n'étaient, en effet, prévues qu'en matière contentieuse (arrêt Terry précité). Puis, la Haute juridiction administrative a opéré une transposition de ces garanties à la procédure devant l'administration active³⁹¹. En ce qui concerne la matière disciplinaire, le juge administratif a accepté très tôt d'y appliquer le principe du respect des droits de la défense. Il précise, notamment, dans l'arrêt Nègre du 24 juin 1940, que celui-ci est applicable non seulement aux sanctions disciplinaires mais aussi à toute mesure prise en considération de la personne qui se traduit par une atteinte à une situation individuelle. Cela sera confirmé, notamment, par l'arrêt Moatti du 29 mai 1981 (DA, 1981, n° 249) dans lequel la juridiction administrative pose expressément l'exigence de respecter les droits de la défense devant une instance disciplinaire. En revanche, le juge administratif va refuser jusqu'en 1996 d'appliquer les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la matière disciplinaire. Il ne partage donc pas la position des organes de Strasbourg³⁹². Finalement, par un revirement de jurisprudence initié par l'arrêt Maubleu du 14 février 1996, le juge administratif rejoint la position de la Cour européenne des droits de l'homme et accepte d'appliquer l'article 6 à la procédure disciplinaire. On relève ici la force persuasive de la jurisprudence européenne des droits de l'homme : au-delà de l'autorité de chose jugée, celle-ci tend à avoir également une autorité de chose interprétée.

Le juge judiciaire suit également les organes de Strasbourg sur cette question. En effet, par un arrêt de la chambre commerciale du 9 avril 1996, Haddab³⁹³, il se prononce en faveur de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à la COB. Ainsi, cette disposition s'applique également dans le cadre des procédures des autorités de régulation. Le Conseil d'État a, par ailleurs, fait évoluer sa jurisprudence pour la rapprocher de son homologue judiciaire. Par un arrêt Didier du 3 décembre 1999, il a appliqué les dispositions de l'article 6 aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers car celles-ci relèvent de la matière pénale au sens de la jurisprudence européenne des droits de l'homme.

Le Conseil constitutionnel applique également les droits de la défense dans tous les domaines. Dans une décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, le Conseil constitutionnel a indiqué que « *le principe constitutionnel des droits de la défense*

³⁹⁰ CE, arrêt du 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec., p. 133.

³⁹¹ Une autre extension du champ d'application du principe a été opérée par l'article 112 de la loi de finance pour 1993 du 30/12/92 repris au second alinéa de l'article L80 D du livre des procédures fiscales). En effet, antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, était exclu l'application du principe des droits de la défense en ce que l'administration n'avait pas l'obligation de suivre une procédure contradictoire pour l'établissement des pénalités fiscales (CE 5 mars 1999, M. Pelletier).

³⁹² Voir l'arrêt de principe du Conseil d'État en la matière est celui du 27 octobre 1978, Debout, Rec., p. 395.

³⁹³ Cass. com., 9 avril 1996, Haddab, Bull. Civ. IV 1996, IV, n° 115, p. 96.

s'impose à l'autorité administrative » (cons. n° 38)³⁹⁴. L'administration ne peut donc infliger des sanctions sans respecter le principe des droits de la défense. Ainsi, le juge constitutionnel parle des droits de la défense des contribuables vis-à-vis de l'administration dans le cadre des pénalités que celle-ci peut délivrer³⁹⁵. De même, le Conseil constitutionnel considère que le principe du respect des droits de la défense est applicable à toute procédure contentieuse ou non. Le principe concerne donc l'action en justice et les procédures administratives, fiscales...

De façon identique, la Cour de justice des communautés européennes considère que le principe du respect des droits de la défense est applicable à toutes les procédures. Sont ainsi concernées les procédures administratives ou encore les enquêtes préalables. On rejoint ici la jurisprudence européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt Michelin du 9 novembre 1983³⁹⁶, le juge communautaire a relevé que les droits de la défense doivent être respectés dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions. La Cour a également précisé qu'il fallait veiller à ce que ces « *droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquête préalable, dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité* »³⁹⁷. Ainsi, la Cour de justice favorise l'applicabilité du principe du respect des droits de la défense à tous les stades de la procédure. Cette exigence est également formulée par le Conseil constitutionnel. C'est ce qu'il ressort, en particulier, de la décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, dans laquelle on peut lire que les titulaires des droits de la défense peuvent s'en prévaloir « *à tout stade de la procédure* » (cons. n° 6).

5. 3. 2. 2 - Contenu du principe (en profondeur)

Le contenu du principe des droits de la défense apparaît, quelque soit sa présentation par les différentes juridictions, largement commun au point que l'on peut lister un certain nombre de composantes invariables au sein desdits droits : le droit d'être assisté par un avocat, la

³⁹⁴ Ainsi, par exemple, en matière de mesures de retrait de carte de séjour ou de carte de résident revêtant le caractère de sanction, les droits de la défense sont applicables alors même qu'ils ne sont pas expressément mentionnés (voir décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. n° 32).

³⁹⁵ Décision n° 99-425 DC, du 29 décembre 1999, Loi de finances rectificative pour 1999, cons. n° 14

³⁹⁶ n° 322/81, Rec., p. 3461

³⁹⁷ CJCE, arrêt du 21 septembre 1989, Hoechst AG contre Commission des CE, Affaires jointes n° 46/87 et 227/88, Rec., 1989, p. 02859, § 15, voir aussi, Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 17 octobre 1989, Dow Benelux NV contre Commission des CE, aff. n° 85/77, Rec., 1989, p. 03137, § 26.

communication des griefs, l'accès au dossier, le droit d'être entendu et enfin un droit plus récent, le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer.

5. 3. 2. 2. 1 - Le droit d'être assisté par un avocat

La Cour européenne des droits de l'homme a considérablement influencé la question du droit d'être assisté par un avocat. Elle considère que « *le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable* »³⁹⁸. Le droit à l'assistance d'un avocat comme composante des droits de la défense a été consacré par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Imbriosca contre Suisse* du 24 novembre 1993³⁹⁹ alors que, la même année, le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé le rôle de l'avocat à travers les droits de la défense dans sa décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, Garde à vue après l'avoir mentionné pour la première fois dans sa décision *Sécurité Liberté* de 1981. Depuis, il affirme de manière constante que « *le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue, constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale* »⁴⁰⁰.

Il convient de relever que les juridictions communautaire et européenne des droits de l'homme sont allées encore plus loin dans la consécration du droit d'être assisté par un avocat⁴⁰¹. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Van Pelt c. France*, 23 mai 2000 a affirmé qu'un accusé ne perd pas le bénéfice d'être défendu par un avocat du

³⁹⁸ CEDH, arrêt *Van Pelt c. France*, 23 mai 2000 (non encore publié), § 34 ; voir aussi CEDH, arrêts *Poitrimol c. France* du 23 novembre 1993, Série A n° 227-A ; *Pelladoah c. Pays-Bas* du 22 septembre 1994, Série A n° 297-B ; *Van Geyseghem c. Belgique*, 21 janvier 1999 (Rec., 1999-I), § 34 ; *Goedhart c. Autriche*, 20 mars 2001, non encore publié, § 26 ; *Stroek c. Belgique*, 20 mars 2001, non publié, § 23.

³⁹⁹ CEDH, arrêt *Imbriosca c. Suisse* du 24 novembre 1993 Série A n° I n° 275.

⁴⁰⁰ CC, décision n° 93-334 du 20 janvier 1994, Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, cons. n° 18. Dans le même ordre d'idée : une décision n° 2004-492 DC, du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil constitutionnel a indiqué clairement que « constitue un droit de la défense le droit de la personne gardée à vue à s'entretenir avec un avocat au cours de celle-ci » (cons. n° 31)

⁴⁰¹ Les deux juridictions européennes intègrent également dans les droits de la défense la confidentialité des échanges avec l'avocat. La Cour européenne des droits de l'homme fait entrer le secret des correspondances dans le contenu matériel du principe des droits de la défense. Dans l'arrêt *Erdem c. Allemagne* du 5 juillet 2001 (Rec. 2001-VII), elle a affirmé que « *la confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur constitue un droit fondamental pour un individu et touche directement les droits de la défense. C'est pourquoi, (...), une dérogation à ce principe ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels et doit s'entourer de garanties adéquates et suffisantes contre les abus* » (§ 65). La Cour de justice a, quant à elle, relevé, dans un arrêt du 18 mai 1982, *AM & S Europe Limited contre Commission des CE* (Affaire 155/79, Rec. 1982, p.1575) que « *si, dans certains États membres, la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients se fonde principalement sur la reconnaissance de la nature même de la profession d'avocat, en tant qu'elle coopère au maintien de la légalité, dans d'autres États membres, cette même protection trouve sa justification dans l'exigence plus spécifique, d'ailleurs reconnue également dans les premiers États, du respect des droits de la défense* » (§ 20). La Cour de justice des Communautés européennes considère, en effet, que la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients constitue un « complément nécessaire » au plein exercice des droits de la défense (§ 23).

seul fait de son absence aux débats. Elle considère, en effet, que « *même si le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur* »⁴⁰².

Dans un arrêt Dieter Krombach contre André Bamberski du 28 mars 2000⁴⁰³, la Cour de justice des Communautés européennes a adopté une position identique à celle du juge de Strasbourg. En effet, elle a souligné que « *s'agissant du droit à être défendu (...), il convient de relever qu'il occupe une place imminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et qu'il figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (§ 38)⁴⁰⁴.

La Cour de justice des communautés européennes rattache le droit d'être défendu au droit à un procès équitable. Elle ne se prononce pas exactement sur le lien qui existe entre les droits de la défense et ce droit en particulier. Cependant, elle cite, pour mettre en lumière toutes les implications de ce droit à être défendu, la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme. En toute hypothèse, l'on se trouve, ici, dans un cas où le juge communautaire s'inspire directement de la jurisprudence de son homologue européen. A noter que la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de la même affaire. Elle a confirmé sa position (et par voie de conséquence, celle de la Cour de justice) dans son arrêt Krombach c. France du 13 février 2001.

La Cour de cassation s'est rangée à la position des deux juridictions supranationales. En effet, suite à l'arrêt Van Pelt et aux arrêts Krombach précités, le juge judiciaire a effectué un revirement de jurisprudence. En effet, par un arrêt d'Assemblée plénière du 2 mars 2001, elle a considéré que « *le droit à un procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense* »⁴⁰⁵.

5. 3. 2. 2. 2 - La communication des griefs

La communication des griefs constitue également un droit de la défense. La Cour européenne des droits de l'homme en fait une application particulièrement éclairante dans

⁴⁰² CEDH, arrêt Van Pelt c. France, 23 mai 2000 (non encore publié), § 34 ; voir aussi l'arrêt Van Geyselhem c. Belgique, 21 janvier 1999 (Rec., 1999-I), § 34 ; arrêt Goedhart c. Autriche, 20 mars 2001, non encore publié, § 26 ; arrêt Stroek c. Belgique, 20 mars 2001, non publié, § 23.

⁴⁰³ CJCE, arrêt du 28 mars 2000, Dieter Krombach contre André Bamberski, Aff. C-7/98, Rec., 2000, p. I-01935.

⁴⁰⁴ Dans un arrêt Maat c. France du 27 avril 2004, la Cour a ajouté que « le droit d'être défendu revêt un caractère pratique et effectif et que son exercice ne peut être rendu tributaire de l'accomplissement de conditions excessivement formalistes (arrêt Karatas et Sari, § 60).

⁴⁰⁵ Cass. ass. Plén., 2 mars 2001

l'arrêt Kamasinski contre Autriche, du 19 décembre 1989 (Série A n° 168). Le Conseil d'État est, sur ce point, relativement pointilleux. Pour lui, les droits de la défense aujourd'hui visent essentiellement la communication à l'intéressé des griefs qui justifient la décision de sanction prise à son encontre par l'administration afin que l'intéressé soit en mesure de présenter ses observations. Non seulement les faits doivent être rapportés à l'intéressé afin que celui-ci puisse présenter ses observations⁴⁰⁶, mais aussi les griefs invoqués contre lui⁴⁰⁷. Le juge administratif exige ainsi que l'information ait été suffisante⁴⁰⁸ et délivrée dans un délai raisonnable⁴⁰⁹.

De même, le Conseil constitutionnel affirme que l'intéressé doit être informé de la teneur de la mesure susceptible d'être prise à son encontre sous peine de violer le principe du respect des droits de la défense⁴¹⁰.

La Cour de justice des Communautés européennes est moins exigeante. En effet, dans l'arrêt du 13 février 1979, affaire n° 85/76, Hoffmann La Roche / Commission⁴¹¹, la Cour a indiqué qu'il suffisait, pour que les droits de la défense soient respectés que « *la communication des griefs énonce, même sommairement, mais de manière claire, les faits essentiels sur lesquels la Commission se base, à condition toujours que celle ci fournisse, au cours de la procédure administrative, les éléments nécessaires à la défense* ».

Dans l'ensemble des jurisprudences étudiées, le droit à la communication des griefs s'accompagne du droit à un interprète. En effet, tant les juridictions nationales que supranationales exigent que l'intéressé soit mis à même, au titre des droits de la défense, de comprendre les griefs qui lui sont reprochés. A noter également que le droit à un interprète dépasse le champ d'application du droit à la communication des griefs. Il s'étend, en effet, à l'ensemble de la procédure⁴¹².

⁴⁰⁶ En ce sens, voir CE, arrêt du 29 avril 1981, M. Albert Denis ; arrêt du 20 mai 1985, Epoux Moussit ; 28 janvier 1994 Cohen ; arrêt du 9 avril 1999 Société Interbrew ; arrêt du 28 octobre 1990 S.A.R.L. Positif Communication ; arrêt du 31 mai 2000, Société Cora. Société Casino-Guichard Perrachon ; arrêt du 7 décembre 2001, SA Ferme de Rumont ; arrêt du 13 février 2002, M. Ait-Taleb ; arrêt du 5 juin 2002, Simoens.

⁴⁰⁷ CE, arrêt du 21 mars 1986, Meyrignac.

⁴⁰⁸ CE, 31 oct. 1990, Centre des Infirmières Danoises Diplômées

⁴⁰⁹ CE, arrêt du 10 janvier 1992, M. Hammi ; arrêt du 2 mars 1998, M.Changaiz ; arrêt du 8 juillet 1998, Fédération des chirurgiens-dentistes de France

⁴¹⁰ Décision n° 248 DC du 17 janvier 1989, CSA, Grandes décisions du Conseil Constitutionnel. n° 42

⁴¹¹ Rec. 1979, p. 461

⁴¹² Voir, par exemple, en ce sens, Cour de Cassation : Civ. 2^{ème} 7 octobre 1999 : « *l'étranger qui a fait l'objet d'une procédure de maintien en zone d'attente située dans une gare, un port ou un aéroport, peut demander l'assistance d'un interprète [...] L'interprète doit nécessairement être présent aux côtés de l'étranger qui en sollicite l'assistance* » Idem dans Civ. 2^{ème} 7 juin 2001.

5.3.2.2.3 - L'accès au dossier

L'accès au dossier n'est pas le premier droit de la défense à avoir été consacré par la jurisprudence. Cependant, on relève que celui-ci prend une importance croissante dans le contentieux des différentes juridictions en particulier en droit communautaire.

Le Conseil constitutionnel l'a reconnu comme un élément du principe du respect des droits de la défense dans la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, CSA⁴¹³. Il affirme ainsi dans cette même décision qu' « aucune sanction ne peut être infligée sans que le titulaire de l'autorisation ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant » (cons. n° 29). Le Conseil constitutionnel a précisé, dans une décision de 1992⁴¹⁴ que « conformément au principe du respect des droits de la défense, aucune sanction ne peut être infligée à une entreprise de transport sans que celle-ci ait été mise à même d'avoir accès au dossier la concernant et de présenter des observations sur le manquement qui lui est reproché ».

Le Conseil d'État intègre également l'exigence de la communication du dossier à l'intéressé dans les droits de la défense. Ainsi, dans un premier temps, il énonce, dans un arrêt *Commune de Saint-Mandé* du 3 mai 1995 qu'un licenciement ne peut « légalement intervenir sans qu'au préalable l'intéressée ait eu la possibilité de discuter des éléments retenus à son encontre et ait été mis à même de demander communication de son dossier » pour ensuite préciser que la communication du dossier en matière de licenciement est « conforme au principe général des droits de la défense » dans un arrêt *M. Ben Larbi dit Ribal* du 2 avril 1997.

L'accès au dossier est considéré par la Cour de justice des Communautés européennes comme le « corollaire du principe du respect des droits de la défense »⁴¹⁵. Il permet, en effet, notamment dans les affaires de concurrence, de « permettre aux destinataires d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, afin qu'ils puissent se prononcer utilement, sur la base de ces éléments, sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue dans sa communication des griefs »⁴¹⁶. Le droit d'accès au dossier permet de « garantir un exercice effectif des droits

⁴¹³ Décision pré-citée. Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel. N°42.

⁴¹⁴ Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Cons.n°29.

⁴¹⁵ arrêt du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S, C-204/00 P, Irish Cement Ltd, C-205/00, ...*, § 68.

⁴¹⁶ CJCE, Arrêt du 8 juillet 1999, *Hercules Chemicals NV contre Commission des Conseil d'État, Affaire C-51/92 P, Rec.*, 1999, p. I-04235, § 75. Dans le même sens, voir aussi, arrêts *Michelin / Commission ; Hoffmann-La Roche*, du 13 février

de la défense »⁴¹⁷. C'est pourquoi, la commission doit, selon la juridiction communautaire, « donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense (...) Ceux-ci comprennent tant les pièces à conviction que celles à décharge, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles »⁴¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme considère, de la même manière, que le droit de se défendre implique pour tout intéressé le droit d'avoir accès au dossier et celui de se voir communiquer les pièces de procédure⁴¹⁹. Le juge européen a, en l'espèce, condamné la France car le prévenu n'avait pas pu prendre connaissance des pièces du dossier. A la suite de cet arrêt, la Cour de cassation a opéré un revirement jurisprudentiel sur la question de la communication des pièces de procédure⁴²⁰ quoique le revirement soit limité puisqu'excluant la phase d'instruction préparatoire.

5. 3. 2. 2. 4 - Le droit d'être entendu

Le droit d'être entendu constitue, aux termes de la jurisprudence communautaire, l'une des composantes les plus importantes des droits de la défense. La Cour de justice a, en effet, affirmé que l'audition des parties pour faire connaître leurs observations au sujet des griefs retenus par la Commission « constitue un élément essentiel des droits de la défense »⁴²¹. La personne contre laquelle la commission a entamé une procédure administrative *doit* ainsi être « mise en mesure, au cours de cette procédure, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les documents retenus par la commission à l'appui de son allégation quant à l'existence d'une violation du droit communautaire »⁴²². Pour le juge communautaire, le droit d'être entendu concerne aussi bien les phases orales de la procédure que les phases écrites.

1979 ; BPB Industries et British Gypsum/ Commission, C-310/93 P, Rec., p. I-865, point 21 ; Baustahlgewebe / Commission, 17 décembre 1998, C-185/95 P, Rec., I-8417, point 89

⁴¹⁷ CJCE, Arrêt du 8 juillet 1999, Hercules Chemicals NV contre Commission des Conseil d'État, Affaire C-51/92 P, Rec., 1999, p. I-04235, § 76.

⁴¹⁸ arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland A/S, C-204/00 P, Irish Cement Ltd, C-205/00

⁴¹⁹ CEDH, arrêt du 18 mars 1997, Foucher c. France.

⁴²⁰ Cass. Crim. 12 juin 1996.

⁴²¹ CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst AG contre Commission des CE, Affaires jointes n° 46/87 et 227/88, Rec., 1989, p. 02859, §52.

⁴²² CJCE, 10 juillet 1986, Royaume de Belgique contre Commission des CE, aff. 40/85, Rec., 1986, p. 02321. Voir pour une autre formulation de la même idée : « le respect des droits de la défense exige également que l'entreprise intéressée ait été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction au traité. » (voir les arrêts du 7 juin 1983, Musique Diffusion française /

Pour le Conseil d'État, les droits de la défense imposent le fait d'être à même de contester les griefs relevés et de présenter ses observations à ce sujet⁴²³. Ainsi, dans un arrêt du 21 avril 1989, Fédération Nationale des organismes de gestion des établissements d'enseignement catholique et autres, le juge administratif a considéré qu' « *en organisant une procédure qui ne reconnaît pas à la personne physique ou morale gestionnaire de l'établissement (...) la possibilité d'être entendue par la commission de concertation (...), les auteurs du décret attaqué ont commis une erreur de droit et méconnu le principe du respect des droits de la défense* ». La Haute instance n'impose pas, en revanche, une audition systématique de l'intéressé⁴²⁴.

Devant la Cour de Cassation, il résulte de deux arrêts de la deuxième chambre civile que « nul ne saurait être jugé qui n'a pas été entendu »⁴²⁵. Ces deux décisions ayant été rendues au visa du principe de respect des droits de la défense, il ne fait aucun doute que cette faculté fait partie intégrante des droits de la défense pour le juge judiciaire⁴²⁶.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme est un peu différente. En effet, celle-ci ne consacre qu'indirectement le droit d'être entendu. En effet, elle le fait découler du principe de publicité des débats. Ainsi, dans un arrêt Tierce et autres du 22 juin 2000, elle souligne que « *du principe de la tenue de débats publics dérive le droit de l'accusé à être entendu en personne par les juridictions d'appel. De ce point de vue, le principe de la publicité des débats poursuit le but d'assurer à l'accusé ses droits de défense* »⁴²⁷.

Commission., 100/80 à 103/80, Rec. p. 1825, point 10 et du 6 avril 1995, BPB Industrie et British Gypsum / Commission, C-310/93 P, Rec. p. 1865, point 21). En ce sens, le règlement n° 17 prévoit l'envoi aux parties d'une communication des griefs qui doit énoncer, de manière claire, tous les éléments essentiels sur lesquels la commission se fonde à ce stade de la procédure. Toutefois, cette indication peut être faite de manière sommaire et la décision ne doit pas être nécessairement une copie de l'exposé des griefs (voir arrêt, Musique Diffusion française précité) car cette communication constitue un document préparatoire dont les appréciations de fait et de droit ont un caractère purement provisoire » (arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland A/S, C-204/00 P, Irish Cement Ltd, C-205/00, ...).

⁴²³ CE, arrêt du 15 mai 1995, Mme Wodzislawski ; *adde*, arrêt du 18 juin 1997, Union Fédérale des consommateurs Que choisir confédération syndicale des familles association études et consommation, CFDT ASSECO CFDT ; Conseil d'État, 8 avril 1998, Habi.

⁴²⁴ Voir, en ce sens, CE, arrêt du 5 octobre 1992 Rhaddaoui ; arrêt du 19 mars 1993, Confédération syndicale des avocats. Chambre nationale des avoués à la Cour ; arrêt du 21 juillet 1995, M. Quere ; arrêt du 10 novembre 1999, Syndicat National de l'Industrie Pharmaceutique ; arrêt du 27 juillet 2001, M. Impinna.

⁴²⁵ Cass. civ. 2^{ème} 9 mai 1973 et Civ. 2^{ème} 8 décembre 1976

⁴²⁶ La Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre sociale du 3 octobre 1973, a jugé que la commission nationale technique avait violé le principe du respect des droits de la défense en ne permettant pas aux parties de faire valoir leurs observations. Dans le même sens, voir, Cass. com, 5 décembre 1972.

⁴²⁷ CEDH, arrêt Tierce et autres c. Saint Marin, 22 juin 2000, *Rec.*, 2000-IX, § 7 ; voir aussi, CEDH, arrêt Forcellini c. Saint-Marin, 15 juillet 2003, non encore publié, § 35.

5. 3. 2. 2. 5 - Le droit de garder le silence et le droit ne pas s'auto-incriminer

Le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer n'est pas expressément consacré dans les textes. Cependant, il est apparu primordial tant au juge européen des droits de l'homme qu'au juge communautaire de consacrer ces droits comme des composantes des droits de la défense. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *John Murray c. Royaume Uni* du 8 février 1996 souligne qu' « *il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit ne pas contribuer à sa propre incrimination (...) sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6. (...)* » (§ 45).

La Cour de justice a été également confrontée au problème de savoir si, dans le cadre du droit communautaire, il existait un principe qui prévoyait la possibilité pour la personne mise en cause de garder le silence. Le juge communautaire a relevé que le règlement n° 17 ne prévoyait pas expressément de droit au silence. En revanche, il a relevé l'existence de « *certaines limitations au pouvoir d'investigation de la Commission au cours de l'enquête préalable [qui] résultent (...) de la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense, principe fondamental de l'ordre juridique communautaire* »⁴²⁸. C'est ainsi, précise le juge communautaire, que la Commission est en « *droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires pourtant sur des faits dont elle peut avoir connaissance et à lui communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, (...), en revanche, elle ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence d'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* ». L'arrêt *Orkem/Commission* a ainsi reconnu, au titre des principes généraux du droit communautaire, dont les droits fondamentaux font partie intégrante et à la lumière desquels tous les textes de droit communautaire doivent être interprétés, le droit pour une entreprise de ne pas être contrainte par la Commission, dans le cadre de l'article 11 du règlement n° 17, d'avouer sa participation à une infraction (...). La protection de ce droit implique, en cas de contestation sur la portée d'une question, qu'il soit vérifié si une réponse du destinataire équivaldrait effectivement à l'aveu d'une infraction, « *de sorte qu'il serait porté atteinte aux droits de la défense* »⁴²⁹.

⁴²⁸ CJCE, arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)*, aff. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, *Recueil de jurisprudence*, 2002, page I-08375.

⁴²⁹ CJCE, arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)*, précité.

La Cour de justice, après avoir cité sa jurisprudence Orkem, fait d'ailleurs référence à l'évolution jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet. Elle relève ainsi qu'après l'arrêt Orkem, le juge européen des droits de l'homme a « *connu de nouveaux développements* ». Or, le juge communautaire souligne, au sujet de la jurisprudence européenne, qu'il « *doit en tenir compte dans son interprétation des droits fondamentaux* »⁴³⁰. Il cite en particulier l'arrêt Funke et les arrêts Saunders c. Royaume Uni du 17 décembre 1996 et J.B. c. Suisse du 3 mai 2001.

La Cour de justice des Communautés européennes se fonde alors sur les deux jurisprudences pour étayer ce droit ne pas témoigner contre soi même. Elle indique ainsi que « *l'arrêt Orkem/Commission précité, et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme ont en commun, d'une part, l'exigence d'une contrainte exercée sur le suspect pour obtenir de celui-ci certaines informations et, d'autre part, la nécessité d'une vérification de l'existence d'une atteinte effective au droit qu'ils définissent. Or, examiné à la lumière de cette constatation et des circonstances propres à l'espèce, le moyen du pourvoi relatif à la violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne permet pas de censurer l'arrêt attaqué du fait des développements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁴³¹.

L'objectif de l'analyse transversale était de présenter non seulement les différences et les convergences des jurisprudences étudiées par la mise en évidence des influences et interactions réciproques, mais aussi de s'interroger sur un éventuel processus d'homogénéisation du principe tant du point des fondements que du contenu. Il est ainsi possible de dégager cinq éléments à la réflexion.

1°) De nettes divergences terminologiques : les divergences terminologiques constatées à propos du principe du respect des droits de la défense illustrent et confortent les analyses générales de la recherche quant à la variabilité du vocabulaire et les convergences lexicales constatées précédemment. Néanmoins, et le phénomène a déjà été constaté pour le principe de faveur, les divergences terminologiques ne font pas obstacle à la circulation du contenu du principe d'une juridiction à l'autre.

⁴³⁰ Arrêt précité, § 274

⁴³¹ Arrêt précité, §275 et 276.

2°) Des interactions verticales : c'est le phénomène peut être le plus visible et celui qui est le plus permanent. Il s'agit de l'influence qu'exercent les juridictions supranationales, en particulier, la Cour européenne des droits de l'homme, sur les juridictions françaises. On peut percevoir des répercussions, sur les jurisprudences nationales, de la jurisprudence européenne et communautaire, tant au niveau du champ d'application que du contenu des droits de la défense. L'illustration la plus marquante est que ces droits de la défense tels que consacrés par les différentes juridictions nationales se fondent progressivement dans l'objectif européen d'équité et d'égalité des armes.

3°) Des interactions horizontales : celles-ci se retrouvent d'une part entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés, et d'autre part entre le Conseil constitutionnel et les juridictions administrative et judiciaire. Le juge communautaire est, en effet, très sensible à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il cite fréquemment la jurisprudence de celle-ci, à propos des droits de la défense, pour renforcer l'argumentation de ses arrêts. Il en découle une véritable homogénéité des deux jurisprudences. Par ailleurs, l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel a conduit le Conseil d'État et la Cour de cassation à reprendre, parfois à l'identique, les considérants de principe du juge constitutionnel. C'est ainsi que progressivement, une harmonisation sur le fondement constitutionnel du principe et sur son contenu est en train de se réaliser.

4°) La mise en évidence d'un socle commun des droits de la défense : l'étude du champ d'application du principe du respect des droits de la défense et de son contenu matériel montre que certains éléments sont communs aux différentes juridictions au point que l'on peut évoquer une certaine harmonisation du principe étudié. S'agissant du champ d'application du principe, on peut songer que cet « espace commun » est très proche de la notion de matière pénale telle que consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme et ceci pourrait indiquer que les interactions de type vertical jouent un rôle majeur dans le processus d'harmonisation. Quant au contenu du principe toutefois, il est plus difficile d'être formel, quoique certaines condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme notamment, aient conduit la Cour de cassation (le plus souvent) à modifier sa jurisprudence.

5°) Un contenu qui n'est pas encore totalement fixé. Le processus qui se dessine à l'issue de cette étude est encore en voie d'évolution. Il apparaît que le contenu matériel des

droits de la défense n'est pas véritablement fixé. En effet, par exemple, il ne ressort pas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que celui-ci a décidé de figer sa jurisprudence en la matière et les discussions sur le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer restent encore vives. De plus, ce principe est de plus en plus sollicité par les requérants qui tentent, devant toutes les juridictions confondues, de pousser le juge à étendre au maximum les contours de ce principe. C'est d'ailleurs pour préserver son effectivité que la Cour européenne des droits de l'homme a posé des limites à une telle extension. Ainsi, dans un arrêt Brandstetter contre Autriche du 29 août 1991, le juge de Strasbourg a considéré que les droits de la défense n'impliquaient pas d'accorder une impunité à tous les propos pouvant être dits par l'accusé au cours du procès. Il a, en effet, affirmé qu'« *on élargirait outre mesure la notion de droits de la défense si l'on admettait qu'un accusé échappe à toute poursuite lorsque, dans l'exercice de ces droits, il incite intentionnellement à soupçonner à tort d'un comportement répréhensible un témoin ou une autre personne participant à la procédure.* » (§ 52).

6 - Conclusion

Le phénomène du recours aux principes fondamentaux est effectivement généralisé et la recherche a permis de préciser l'ampleur et les formes de ce phénomène.

L'étude systématique des décisions des juridictions utilisant l'expression « principe fondamental » conduit à affirmer qu'il n'existe pas de recrudescence du recours aux principes fondamentaux. Cette approche par le langage de droit, et plus spécialement par le langage des juridictions, ne permet pas de conclure qu'il n'existe pas de notion commune du « principe fondamental », de même qu'il n'est pas possible de déterminer des contenus communs qui constitueraient un socle sur lequel le droit s'appuierait.

Les juridictions étudiées connaissent en effet des contentieux fort différents et les normes dont elles doivent assurer le respect sont diverses ce qui explique l'hétérogénéité des contenus présentés comme étant des principes fondamentaux (ou comme des principes généraux). Seuls quelques contenus communs émergent de l'étude comme l'égalité, les principes de procédure (défense, contradictoire...) ou quelques émanations du principe de sécurité juridique. Mais ces contenus sont adaptés, par chacune des juridictions, à leurs champs respectifs d'intervention ainsi qu'à leurs contentieux (égalité des Etats pour la Cour

Internationale de Justice, égalité de traitement pour la Cour de cassation, égalité entre homme et femme pour la Cour de justice des communautés européennes...). Ils sont par ailleurs présentés selon une terminologie qui varie selon le texte sur lequel la juridiction se fonde, selon l'ordre auquel celle-ci appartient, selon les précédentes décisions dont elle s'inspire, selon la « perméabilité » de la juridiction à la jurisprudence développée par une autre ... Ceci expliquant que les mêmes contenus peuvent être présentés comme des « principes généraux », des « principes fondamentaux » ou des « principes », pour ne reprendre que les locutions les plus fréquemment et les plus communément employées.

Toutefois, un point de convergence apparaît nettement entre ces différentes expressions. Il réside dans l'utilisation qui en a été faite par les juridictions suprêmes. L'instrument « principe fondamental » obéit à une triple fonctionnalité et les fonctions identifiées jouent à l'identique pour d'autres expressions (notamment celles de « principe général » et de « principe »). Ces locutions sont souvent présentes dans les motivations des juridictions comme un argument rhétorique mais elles sont également mobilisées dans un objectif de création du droit ou constituent des outils de prévalence-éviction. Le recours à de telles expressions offre ainsi aux juges suprêmes une certaine maîtrise sur les sources du droit qu'ils ont la charge d'appliquer.

Principes fondamentaux, principes généraux ou principes (voire principes essentiels ou règle fondamentale), sont, selon les juridictions, simplement instrumentalisés ou construits en catégories juridiques, parfois reconnues au plan doctrinal. Pour dépasser les particularismes des juridictions et percevoir quelques germes de cohérence dans la construction d'ensemble produite, la seule voie réside dans l'observation par ordre juridique, l'ordre juridique national d'une part et l'ordre juridique international d'autre part. La tendance constatée au sein de l'ordre interne consiste à reconnaître une valeur constitutionnelle au « principe fondamental » alors que dans l'ordre international, les catégories reconnues sont construites autour de la locution « principe général ». Mais ces tendances n'excluent pas une instrumentalisation de ces deux locutions de façon moins structurée.

La constatation de ces convergences permet d'expliquer les divergences terminologiques entre juridictions pour un même contenu mais ne peut masquer une certaine instabilité du vocabulaire, au demeurant nettement plus marquée pour deux juridictions (la Cour de justice des communautés européennes et la Cour de cassation) obérant parfois la lisibilité du droit comme le montre l'étude sur le principe dit « de faveur ».

On peut dès lors souhaiter une prise de conscience, au sein de la haute juridiction de l'ordre judiciaire, de la nécessité de mettre en harmonie son vocabulaire avec celui du Conseil constitutionnel et celui du Conseil d'Etat aux fins de structurer les sources du droit au plan national.

Concernant la Cour de justice des communautés européennes, on peut s'interroger sur la rationalisation que pourrait provoquer la Convention pour une Constitution européenne. En effet, dans le titre III de ladite Constitution, un premier article (1-9) est consacré aux « principes fondamentaux » qui feraient ainsi une entrée formelle dans le droit communautaire. Ces principes fondamentaux ont trait aux règles de compétence de l'Union : il s'agit du principe d'attribution, du principe de subsidiarité et du principe de proportionnalité. Mais ces principes n'ont jamais, jusqu'alors, été qualifiés de fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes.

Les divergences de vocabulaire et les divergences de construction des sources du droit entre les différentes juridictions suprêmes ne sont toutefois pas une entrave à la circulation des contenus des principes. En témoignent la circulation du principe de faveur entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, ainsi que la reprise par la Cour européenne des droits de l'homme du principe de sécurité juridique posé par la Cour de justice des communautés européennes et, bien sûr, la construction progressive et largement homogène des droits de la défense.

Néanmoins, l'étude présentée ne permet guère de soutenir une vision *jus* naturaliste du phénomène du recours aux principes fondamentaux. Elle n'offre guère plus d'arguments au soutien d'une vision positiviste de construction rationnelle du droit. En revanche, elle incite à se pencher, de nouveau, sur la construction et la cohérence d'un droit jurisprudentiel dont on peut louer l'adaptabilité mais qui n'offre guère de prise à la construction de théories générales prenant en compte les données contentieuses.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

Ouvrages

- Aliprantis N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980
- de Béchillon D. *Qu'est ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 49
- de Béchillon M. *La notion de principe général en droit privé*, PUAM. Aix-en-Provence. 1998.
- Boulouis J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Domat, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1997
- Cadiet L., *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2004, 4ème édition.
- Carreau D., *Dalloz international*, Pédone. 2004
- Cartou L. et alii, *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd. 2004
- Champeil-Desplat V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, PUAM, 2001
- Chapus R., *Droit administratif général*, Montchrestien, tome 1er, 2001, 15ème édition.
- Dupuy P-M., *Droit international public*, Précis Dalloz, 7è édition, 2004.
- G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*. Association Capitant, PUF, Quadrige, 5^e éd., mai 2004.
- Daillier P. et Pellet A. *Droit international public*, LGDJ, 7è édition , 2002
- David R. et Jauffret-Spinozi C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11^e éd. 2002
- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993.
- *Droit communautaire*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2003
- Genevois B. , *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, STH, 1988.
- Guinchard S, Bandrac M., Lagarde X., Douchy M., *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz, 2001, 1ère édition.
- Guinchard S., Buisson J. , *Procédure pénale*, Litec, 2002, 2ème édition.
- Guinchard S., Vincent J., *Procédure civile*, Dalloz, 2003, 27ème édition.
- Heron J., Le Bars T. , *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2002, 2ème édition.
- Isaac G. et Blanquet M., *Droit communautaire général*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2001
- De Laubadère A., Venezia J-C., Gaudemet Y., *Droit administratif*, L.G.D.J., 2002, 17è ed.
- Long M., Weill P., Braibant G., Devolvé p., Genevois B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2003, 14ème édition.
- Maillot J-L, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003
- Morvan P. *Le principe de droit privé*, LGDJ, Paris, 1999
- Péliissier J., Lyon-Caen A., Jeammaud A., Dockès D., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2004, p. 662.

- Pellet A. Recherche sur les principes généraux du droit en droit international, Thèse, Paris, 1974.
- Rideau J. *Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2002
- Rivero J., Waline J., *Droit administratif*, Dalloz, 2004, 20ème édition.
- Said E. *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Mémoire, Université de Rennes I. 1992.
- Simon D. *Le système juridique communautaire*, 3^{ème}. 2001, PUF
- Van Raepenbush S. *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, DeBoeck Université, 3^{ème} éd. 2001
- Virally (M.), *Le droit international en devenir*, PUF, 1990
- De Visscher Ch. *Théories et réalités en droit international public*. Ed. A. Pédone. 4ème ed. 1970. p.419
- Zoller E., *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, 2ème édition.

Articles de doctrine

- Blondel A., Les principes généraux du droit devant la CPJI et la CIJ, *Mélanges Guggenheim*, 1968, p 201 à 236.
- Bocquillon F., « Que reste-t-il du « principe de faveur » », *Droit Social* 2001, p. 255.
- Bolard G., « Les juges et les droits de la défense », in *Mélanges P. Bellet, Litec*, 1991, p49 et s.
- Bolard G., « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky » in *La semaine juridique*, édition générale, 1993.
- « Les droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, 20 juillet-20 août
- Frison-Roche M-A, Garé T., « les droits de la défense en matière pénale », in *Liberté et droits fondamentaux*, Cabrillac R., Frison-roche M-A. , Revet T., (sous la dir. de), Paris, Dalloz, 2004, 10ème édition.
- Guyomar M. « Le principe vu par le Conseil d'Etat », in *Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative*, *AJDA* 2001. p.518-525
- Huglo J.-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 11.
- Jeammaud A., « Les principes dans le droit français du travail. », *Droit social*, 1982, p. 626.
- Jeammaud A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit Social* 1999, p.115.
- Kopelmanas L. « Quelques réflexions au sujet de l'article 38.3 du Statut de la CPJI », *RGDIP*, 1936, p.285 à 308.
- Kovar R., *Jurisclasseur Europe*, 1994
- de Lamy B. « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire », *R.D.P.* 2002, n° 3, p. 781
- Motulsky H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense », in *Mélanges ROUBIER*, 1961, t.2, p. 175 et s.
- Péliissier J., « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? » in *Mélanges dédiés à Michel Despax*, Univ.sc.soc. Toulouse, 2002, p. 289.
- Perdriau A., « Les droits de la défense devant les chambres civiles de la Cour de Cassation » in *La semaine juridique* édition générale, 1993, I, 3650.
- Prétot X., commentaire sous C.E. 8 juillet 1994, RJS, 12/94 p. 819
- Picod F., « Les principes généraux », in A. Barav et C. Philip, *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, 1993 ;
- Simon D. « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire », *Revue Droit*, 1991
- Schregle J. « Comparative industrial relations : pitfalls and potential », *International Labour Review*, 1981, p. 15.
- Sudre F. « A propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP ed. G.* 2000. II. 10267
- Verdross A. Les principes généraux dans la jurisprudence, *RCADI*, 1935, p. 195 à 251.
- Vigneau C., « Le principe de faveur dans l'organisation du temps de travail en droit comparé », in *La recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, rapport à paraître.
- Weil P., Principes généraux du droit et contrats d'Etats, *Mélanges Goldman, Litec*, 1982, p 387 à 414 .

- Wiederkehr G., « Droits de la défense et procédure civile » in *Recueil Dalloz Sirey*, 1978, Chronique, p36-38.
- Ziembinski Z., « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement » *Archives de philosophie du droit*. 1974. « Le langage du droit ». p.25 et s.

BIBLIOGRAPHIE HISTOIRE

- Aristote- *Physique*, Trad. par Henri Carteron, Paris, Les Belles Lettres, Tome II, 2002, 188 p.
- Aristote - *Politique*, Trad. par Jean Aubonnet et Marie-Laurence Desclos, Paris, Les Belles Lettres, 1998, 126 p.
- Bailly A. - *Dictionnaire Grec-Français*, Paris, Hachette, 2227 p
- *Bible de Jérusalem (la)* - Cerf 1955, Paris, Club du Livre, éd. 1972, 1678
- Cicéron- *La République*, Trad. par Esther Bréguet, Paris, Les Belles
- Cornelius Nepos - *Œuvres*, Trad. par Anne-Marie Guillemin, Paris, Les Belles Lettres, 1923, 173 p.
- Gaudemet (Jean) - *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1982, 909 p. + tableaux et notes complémentaires, 54 p.
- Homère- *Iliade*, 2, Chants IX à XVI, Trad. par Paul Mazon, Paris, Les Belles Lettres, 1998, 410 p.
- Platon - *Œuvres complètes*, T. XII Les lois, Texte établi et traduit par Auguste Diès, coll. des U. de F., Paris, Les Belles Lettres, 2 vol. (Livres XI-XII) 1956, 165 p.
- Polybe - *Histoires*, Trad. par Raymond Weil avec la collaboration de Claude Nicolet, Paris, Les belles Lettres, coll. des U. de F., XXXIX livres
- Quicherat L. et Daveluy A.- *Dictionnaire Latin-Français*, Paris, Hachette, 1515 p.
- Sophocle - *Tragédies*, Tome 2 Œdipe Roi, Trad. par Paul Mazon, Paris, Les Belles Lettres 1998, 410 p.
- Virgile - *Bucoliques*, Trad. par E. de Saint-Denis, Paris, Les Belles Lettres, 2003, 143 p.
- Virgile - *L'Énéide*, Trad. par Jacques Perret, Paris, Les Belles Lettres, 2000, 220 p.
- Xénophon - *Cyropédie*, Trad. par Marcel Bizos, Paris, Les Belles Lettres, 2003, 133 p.
- Xénophon - *De l'art équestre*, Trad. par Edouard Delebecque, Paris, Les Belles lettres, 1995, 143 p

Époque de la Monarchie capétienne

- Barbey J. - *La fonction royale : essence et légitimité, d'après les « Tractatus » de Jean de Terrevermeille*, Paris, Nouvelles Editions latines, 1983, 410 p.
- Basse B. - *La constitution de l'ancienne France : principes et lois fondamentales de la royauté française*, Paris, Dominique Martin Morin, 1986, 389 p.
- Bely (publié sous la direction de Lucien) - *Dictionnaire de l'Ancien Régime : royaume de France, XVI^e-XVIII^e siècle*, Art « lois fondamentales » par Garrisson, Paris, P.U.F., 2003, 1384 p
- Bonnefin A.- *La monarchie française 987-1789, Constitution et lois fondamentales*, Paris, France-Empire, 1987, 398 p.
- Leca A. - *Institutions publiques françaises avant 1789*, Aix-en-Provence, *Presse Universitaires d'Aix-Marseille*, 1996, 603 p.
- Olivier-Martin F. - *L'absolutisme français*, Paris, L.G.D.J., *Les cours de droit*, 1997, 548p.

- Ourliac P. - *Etudes d'histoire du droit médiéval*, Recueil de textes de diverses revues et publications (1938-1977). Art. « Souveraineté et lois fondamentales dans le droit canonique du XV^e siècle », Paris, A. et J. Picard, 1979, 636 p.

Époque de la Révolution française jusqu'à nos jours

- Bagehot W. - *The English Constitution*, 1^{ère} éd. 1867, London, C.A. Watts and Co Ltd, 1964, 359 p.
- Bodin J. - *Exposé du droit universel - Juris universi distributio*, Trad. par R. Jerphagnon, Paris, P.U.F. coll. «questions», 1985, 175 p.
- Burdeau G. - *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 17^{ème} éd. 1976, 674 p.
- Burdeau G. - *Traité de sciences politiques*, 1949-1957, Paris, L.G.D.J., VIII T., éd. 1972, T.IV, Le statut du pouvoir dans l'Etat, (2^{ème} éd. 1969), 506 p., T.V, Les régimes politiques, (2^{ème} éd. 1970), 655 p.
- Cadart J. - *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2 vol. - T. I 1979, T. II 1980, 1368 p.
- Carré de Malberg R. - *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 1920, Paris, Sirey, nouvelle édition 1962, 2 vol., T. I, XXXVI + 857 p., T.II, XIV + 638 p.
- Chevallier J.J. - *Histoire des institutions politiques de la France de 1789 à nos jours*, 1952, Paris, Dalloz, «Etudes politiques, économiques et sociales», 6^{ème} éd., 1981, 899 p.
- Chevallier J.J. - *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, A. Colin, 1949, XVI - 406 p.
- Dabin J. - *Doctrine générale de l'Etat*, Eléments de philosophie politique, Paris, Sirey, 2 T. en 1 vol., 1939, 507 p.
- Deslandres M. - *Histoire Constitutionnelle de la France*, Paris, A. Colin, 3 vol., 1932 (vol. I et II de 1789 à 1870).
- Duguit L. - *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, de Boccard, 5 vol., 1927-1930, T.II et III La théorie générale de l'Etat 1928 (890 p.) 1930 (856 p.).
- Duverger M. - *Constitutions et documents politiques*, Paris, éd. Thémis, P.U.F. 5^{ème} éd., 1968, 655 p.
- Duverger M. - *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1955, VIII, 652 p.
- Ellul J.- *Histoire des Institutions*, Paris, P.U.F., Thémis, Sciences politiques, 5 vol., 6^{ème} éd., 1969, T. I-II, l'Antiquité, 629 p., T. III, le Moyen Age, 363 p., T. IV, XVI^{ème}-XVIII^{ème} s., 284 p., T. V, XIX^{ème} s., 381 p.
- Esmein A. - *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^{ème} éd. revue par H. Nezard,
- Fay B. - *L'Esprit révolutionnaire en France et aux États-Unis à la fin du XVIII^{ème} siècle*,
- Godechot J.- *La pensée révolutionnaire en France et en Europe 1780-1799*, Textes choisis et présentés par J. Godechot, Paris, A. Colin, coll. idées politiques, (D.L. 1964), 404 p.
- Godechot J. - *Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, P.U.F. Histoire des Institutions, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1968, 789 p.
- Godechot J. - *Les révolutions 1770-1799*, Paris, P.U.F., Nouvelle Clio, l'Histoire et ses problèmes n° 36, 1963, 424 p.
- Harvey J. et Bather L. - *The British Constitution*, London, Mac Millan and Co LTD, 1964, 572 p.
- Hauriou A. - *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. Montchrestien. 5^{ème} éd., 1972, 978 p.

- Hauriou M. - *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2ème éd., 1929, XV, 759 p.
- Mathiez A. - *Essai sur l'histoire religieuse de la Révolution*, Paris, F. Alcan, 1904, 754 p.
- Mathiez A. - *Les origines des cultes révolutionnaires 1789-1792*, Paris thèse de Lettres 1903-1904, Paris, 1904, 150 p.
- Montesquieu - *L'esprit des lois*, éd. originale Genève 1748, Paris, C.F.L. Les Portiques 84,1968, 871 p.
- Robespierre (M. de) - *Textes choisis de Robespierre, Les classiques du peuple*, T. III, Paris, éd. Sociales, 1958.
- Rousseau J.J. - *Du contrat social, Discours sur les sciences et les arts, Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Présentation de Henri Guillemin, Paris, U.G.E. 10/18, 1973, 439 p.
- Saint-Just - *Discours et rapports*, Paris, publiés par A. Soboul, Les classiques du peuple, Ed. Sociales, 1957.1928.
- Villey M. - *La formation de la pensée juridique moderne*, Cours d'histoire de la philosophie du Droit (1961-1966), Paris, Montchrestien, Nouvelle édition, 1975, 718 p.
- Villey M. - *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*, Annales de la faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg 4, Paris, Dalloz, 1957, 442 p.

ANNEXES

- I – Historique
- II – Grille d'analyse
- III – Cour Internationale de Justice
- IV – Cour Européenne des Droits de l'Homme
- V- Cour de Justice des Communautés Européennes
- VI – Conseil Constitutionnel
- VII- Conseil d'Etat
- VIII – Cour de Cassation

HISTOIRE DU DROIT

PRINCIPES FONDAMENTAUX

L'expression moderne de « principes fondamentaux » est composée de deux termes proches, voire synonymes. Pour en situer les sources, la recherche historique implique deux études conjointes. L'une s'attache au travail sur la définition, c'est-à-dire sur l'apparition dans le temps afin de découvrir les origines et le contenu de l'expression « principe » et « fondement ». L'autre étude concerne le travail sur la pratique afin de cerner l'utilisation du terme à l'intérieur de notre civilisation. La recherche le prouve. La France est restée particulièrement attachée à des principes de Droit considérés tout à la fois comme inaltérables et prépondérants. Même si son histoire se scinde en deux périodes a priori opposées, la permanence d'une base fondamentale est une réalité, aussi bien sous la monarchie qu'à partir de la Révolution française. Cette étude se partagera en trois temps répartis entre la recherche étymologique des termes, leur utilisation officielle sous la monarchie capétienne, puis la rupture apparente de la Révolution française avant leur réapparition à la fin du XXème siècle.

La définition des termes « principe » et « fondement »

Dans un premier temps, la recherche sur la définition consiste à tenter de répondre à quatre questions : celle de l'utilisation première des termes « principes » et « fondamental », celle des auteurs qui les emploient et de la civilisation à laquelle ils appartiennent, celle de la raison pour laquelle ils sont utilisés, enfin celle du sens que les auteurs confèrent à ces mots dans les textes. La connaissance de la source de ces deux termes et de leur signification originelle permettra alors d'éclairer le contenu et l'esprit de l'expression « principes fondamentaux » utilisée aujourd'hui.

La reconnaissance de la notion de « principe »

Cette étude étymologique se cantonne aux civilisations du pourtour méditerranéen dont notre propre civilisation est issue.

Dans la civilisation grecque, le terme employé est ἀρχή, ἡς (ῆ), archè (lu comme arkhè). Sophocle l'utilise dans *Œdipe Roi* (121) au sens de principe et de fondement, Démosthène en use pour exprimer le fait de jeter les fondements d'un discours. Aristote l'emploie également au sens actuel de principe.

Les Romains adoptent le mot *principium*, *ii* (neutre) qui vient de *primus* et *cipio*, à l'origine du mot français "principe".

Dans les deux langues, la signification est similaire. Le terme exprime ce qui est en avant, au commencement, à l'origine. Le principe est ce qui vient en premier dans le temps.

En Orient Ancien, le mot « principe » se trouve explicitement dans la Bible.

Dans l'Ancien Testament, (Livre de la Genèse 1, 1), il est écrit : « Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre », « *In principio creavit Deus caelum et terram* ».

Dans le Nouveau Testament (Prologue de l'Evangile selon Saint Jean 1, 1) : « Au commencement était le Verbe... », en latin « *In principio erat Verbum...* », en Grec ἐν ἀρχῇ ἦ ὁ λόγος (en archè è o logos).

Quelles que soient les civilisations, ce terme de « principe » implique une hiérarchie entre les notions. Il existe des notions premières, des notions qui sont à la source, et les autres notions qui découlent de ces notions premières.

L'emploi du terme principe implique la croyance dans une hiérarchie nécessaire entre les notions et dans le caractère premier et donc supérieur de ce qui entre dans la catégorie des « principes ».

Plusieurs exemples peuvent illustrer ce concept.

À Athènes, les nomoi - de νόμος - sont supérieures au psèphisma - ψήφισμα (τὸ). Les lois fondamentales issues de Solon et de Clisthène sont considérées comme supérieures au décret ou à la loi ordinaire parce qu'elles fondent la démocratie athénienne. Les nomoi sont divinisées à Athènes, ce qui implique, non seulement une différence de degré, mais aussi de nature. Cette hiérarchie sera combattue par les sophistes. Néanmoins, elle reste la norme de la démocratie athénienne, pour le courant socratique et, du moins à ses débuts et durant sa grande période, pour l'ensemble des citoyens.

À Rome, la Constitution romaine est la première dans l'ordre juridique et politique. Sous la République, toute atteinte portée à la Constitution de Rome est punie de mort. Déjà, avant son instauration en 509, l'accusation de tyrannie à l'encontre de Tarquin l'Ancien repose, non sur des méfaits particuliers du roi, mais sur sa violation de la Constitution royale de Rome.

Dans la Bible, le terme principium ou ἀρχή prend une signification particulièrement forte puisque, aussi bien dans l'Ancien Testament que dans le Nouveau Testament, elle se rapporte à la Divinité et en exprime certaines caractéristiques qui sont l'éternité de Dieu et la création par Dieu. Dans les deux passages, le terme « principio » exprime la source première qui est Dieu.

La reconnaissance de la notion de « fondement »

Le mot « fondement » est lui aussi reconnu dans une acception qui va passer d'un sens matériel à un sens figuré.

Le terme utilisé en Grec est θεμέλιον (τὸ) (théméliou), celui employé en latin est *fundamentum* qui a donné le mot français fondement.

Ce vocable signifie exactement fondement, fondation, pierre de fondation.

En revanche, la définition de ce terme évolue.

Au début, son sens est matériel, même si la signification symbolique est présente.

Dans la civilisation grecque, il est utilisé dans l'Iliade (12, 29) à propos d'un mur arraché jusque dans ses fondements par les dieux.

Dans la Bible, il se trouve employé dans le livre d'Esdras (3, 11 passim). Dans les Septante le terme de θεμελίωσις, εως (ἦ) (théméliôsis) exprime l'action de poser sur des fondements : « *Et le peuple entier poussait de grandes clameurs en louant Yahvé, parce que le Temple de Yahvé avait ses fondations* ».

Puis, la notion devient plus ample. Elle part toujours du matériel mais s'élève à un sens figuré. Aristote emploie le mot de théméliôn pour pierre de fond et au pluriel pour indiquer les fondations ou les fondements. Xénophon et Polybe également emploient ce mot dans le même sens.

Cicéron et Virgile l'utilisent en langue latine pour exprimer l'acte de poser des fondements. Cornelius Nepos historien et ami de Cicéron, parle de « *fundamentis disjicere* », c'est-à-dire de « *détruire de fond en comble* ».

Diodore de Sicile emploie le verbe de θεμελιῶ (théméliô), asseoir sur des fondements, au passif dans un sens uniquement figuré à propos de la royauté et du pouvoir (11, 68 et 15, 1).

Dans la Bible, dans le Nouveau Testament, le sens devient particulièrement fort et précis et il est sans doute **à la source de l'emploi de ce terme dans la civilisation chrétienne.**

Tout en restant concret, le sens est bien figuré. Il a une signification qui concerne non pas la matière, mais l'esprit et les actes des hommes.

Dans l'Évangile selon Saint Matthieu 7, 25 il est utilisé à propos d'une parabole : « *La pluie est tombée, les torrents sont venus, les vents ont soufflé et se sont déchaînés contre cette maison, et elle n'a pas croulé : c'est qu'elle avait été fondée sur le roc.* » (Bible de Jérusalem éditions du Cerf, Paris). On retrouve « *fundata enim erat supra petram* » en latin et τεθεμελίωτο γὰρ ἐπὶ τὴν πέτραν (téthéméliôto gar tèn pétran) en grec (Novum Testamentum (Graece et Latine) de Nestlé-Aland, Deutsche Bibelgesellschaft, Stuttgart, 1986).

Trois citations contenant ce terme peuvent être relevées dans les épîtres de Saint Paul : 1^{ère} Corinthiens 3, 10-11 : « *Selon la grâce de Dieu qui m'a été donnée, tel un bon architecte, j'ai posé le fondement (fundamentum en latin et θεμέλιον, théméliôn en grec). Un autre bâtit dessus. Mais que chacun prenne garde à la manière dont il y bâtit. De fondement (fundamentum en latin et θεμέλιον, théméliôn en grec) en effet, nul n'en peut poser d'autre que celui qui s'y trouve, à savoir Jésus-Christ* ».

Le terme de fondement dans la 1^{ère} aux Corinthiens s'applique au Christ et reprend la parabole de l'Évangile qui concerne directement Dieu ou la Parole de Dieu.

Colossiens 1, 23 : « *Il faut seulement que vous persévériez dans la foi, affermis sur des bases solides, sans vous laisser détourner de l'espérance promise par l'Évangile* » (fundati et stabiles et immobiles a spe evangelii en latin, et τεθεμελιωμένοι καὶ ἐδραῖοι καὶ μὴ μετακινούμενοι ἀπὸ τῆς ἐλπίδος τοῦ εὐαγγελίου (téthéméliôménoi kai édraioi kai mè metakinouménoi apo tès elpidos tou auangeliou) en grec.

Dans cette lettre, Paul insiste fortement sur la notion d'ancrage et de constance en employant les trois mots complémentaires, que rend bien le latin, consécutivement.

Éphésiens 2, 20 : « car la construction que vous êtes a pour fondations les apôtres et les prophètes et, au sommet, pour pierre d'angle (ou pour clef de voûte) Jésus-christ Lui-même » (*fundamentum...*, *ipso summo angulari lapide Christo Jesu* en latin, et θεμέλιω...ὄντος ἀκρογωνιαίου αὐτοῦ Χριστοῦ Ἰησοῦ (*théméliō...ontos akrogoniaiou autou Christou Iésou* en grec).

Dans ce passage, Paul tente d'associer la notion de fondation et celle de supériorité pour mieux exprimer sa pensée. Cette tentative préfigure la volonté actuelle d'associer stabilité et primauté dans l'expression « principes fondamentaux ».

Dans toutes les civilisations étudiées, le terme de fondement exprime l'ancrage, ce qui rend sûr et stable. Même quand le mot prend une ampleur qui dépasse le sens purement matériel, il garde toujours un sens concret ; il exprime ce qui est le support, ce qui ne se voit pas à l'œil nu (puisque les fondations sont à l'intérieur), ce qui soutient l'ensemble. En résumé, sans fondation, pas de création ou de construction ultérieure possible.

En conclusion de cette étude étymologique, il est manifeste que, quelle que soit la civilisation, le terme de fondement ne fait pas double emploi avec le terme de principe. **Le « principe » exprime la source dans sa primauté et son antériorité, le « fondement » exprime la source dans sa solidité et sa stabilité.** Ce n'est donc pas un pléonasme que d'associer les deux termes. Cela implique simplement une hiérarchie entre les principes simples qui sont déjà des sources et les principes fondamentaux qui évoquent des bases à la fois premières et solides - sources qui se veulent indestructibles - sur lesquelles s'appuie l'ensemble des autres principes.

Il n'est pas étonnant que la monarchie française ait choisi le terme de « fondamental » dans les Lois fondamentales du Royaume qui renvoyait à la Bible et notamment au Nouveau Testament dans les passages de Saint Matthieu et de Saint Paul.

La notion de lois fondamentales sous la monarchie capétienne.

L'expression « lois fondamentales » désignant la constitution non écrite du Royaume de France avant 1789 est apparue en fait relativement tardivement. Sa première apparition a été repérée dans un texte rédigé en 1575; il s'agit d'un manifeste du parti des Politiques (parti de catholiques n'approuvant pas les excès de la Ligue et donc défendant le roi et ses pouvoirs traditionnels). L'expression fut en quelque sorte consacrée par l'emploi qu'en firent les Parlements dans l'Edit d'Union du 19 juillet 1588.

Auparavant on employait pour les désigner les termes de « lois du royaume », par opposition aux « lois du roi » (pouvoir législatif). L'usage de l'expression « lois fondamentales » devient courant dans la deuxième moitié du XVII^{ème} siècle mais ne supplantera l'ancienne appellation qu'au XVIII^{ème}.

Dans le langage juridique de l'Ancien Régime le terme de « fondamental » est réservé à ces « lois fondamentales » et donc au domaine du droit constitutionnel (même si le terme de constitution au sens actuel apparaît pour la première fois seulement en 1723, dans une déclaration royale).

Le terme de « lois » peut sembler surprenant puisqu'il est appliqué à des règles dont nous savons qu'elles sont essentiellement d'origine coutumière, qu'elles se sont développées progressivement pour régler les rapports entre le Roi et l'État. Le sens du mot loi n'est donc pas ici à relier au pouvoir législatif, mais relève plutôt du sens moral et scientifique de règle d'action que l'on doit obligatoirement appliquer, et peut donc être considéré comme un synonyme du terme de « principe ». Les historiens contemporains qui analysent les lois fondamentales parlent d'ailleurs constamment à leur sujet de « principe »: principe de masculinité, d'indisponibilité etc. et même, pour l'ensemble, de « principes directeurs de la monarchie » (Garrisson)...

Cette conception correspond parfaitement à la volonté des juristes du Moyen-Âge de donner à ces règles nées de façon empirique un caractère d'immanence afin de les rendre supérieures au pouvoir lui-même et d'assurer la stabilité de ce pouvoir.

Ce désir de stabilité est manifeste dans le deuxième terme de l'expression le mot « fondamental ». Ces règles sont les fondements, les fondations de la royauté et toute atteinte ou dérogation sape la cohésion de l'ensemble, détruit l'ordre nécessaire à la paix et devient une menace non seulement pour la royauté mais pour l'ensemble du corps social puisque dans la théorie monarchique le roi et son peuple ne font qu'un (théorie du corps mystique).

Dès le XIIIème siècle les juristes qui entourent le roi, en même temps qu'ils libéraient celui-ci de toute dépendance vis-à-vis du Pape et de l'Empereur et donc de l'extérieur, ont peu à peu bâti la théorie selon laquelle, il existe à l'intérieur du royaume, des normes juridiques placées au-dessus de la volonté du roi. Pour ce faire il convient de distinguer le roi de la couronne et les juristes réinventent alors le droit public, en s'appuyant sur le droit romain mais aussi sur la doctrine canonique: « la distinction du roi et de la couronne reprend celle du pape et de l'Eglise » (Ourliac). Ici comme là, les règles de succession, d'inaliénabilité et d'orthodoxie s'imposent au titulaire du pouvoir.

Plusieurs auteurs vont contribuer à bâtir cette théorie. « Le songe du Verger » écrit par un anonyme en 1376 sous la forme d'une « disputatio » en forme de procès champêtre entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel, explique et fait triompher la position de la monarchie des Valois, alors forte. Jean de Terrevermeille, dans une période de grande faiblesse de la monarchie (guerre de cent ans, folie du roi, répudiation du Dauphin) écrit ses « Tractatus » (1419) dans lesquels il rassemble des notions encore éparses comme le bien commun, la défense de la chose publique, l'indisponibilité, l'imprescriptibilité et inaliénabilité des droits de la couronne, dans le dessein de conférer à l'institution royale ses titres pour l'asseoir solidement et définitivement. Il invente ainsi ce que l'on appelle la théorie statutaire du pouvoir (Basse)- que Juvénal des Ursins, conseiller de Charles VII reprendra à son compte - dans sa formulation quasi définitive jusqu'à la fin de l'Ancien régime, et même au-delà puisqu'elle est reprise par l'article 4 du titre III de la Constitution de 1791 fixant la dévolution de la Royauté (Barbey). Les constituants n'ont pas vu, en effet, la nécessité de modifier ces règles et ont repris dans leur propre législation la théorie du domaine public qui s'était bâtie dans le cadre des lois fondamentales.

Ce statut coutumier, parce qu'il intéresse l'ordre public est irréformable. La coutume détermine un mode particulier de succession dans le royaume de France et elle a toute la validité requise pour l'établir en raison de sa force juridique, qui a ici une valeur égale à la loi, et Terrevermeille trouve des arguments en ce sens dans le droit romain du Bas-Empire; il va même jusqu'à déclarer que la coutume peut déroger à la loi sous la justification de l'élément raisonnable qu'elle contient et qui existe en vue de l'utilité de la république du bien commun. Cette notion de bien commun protège d'ailleurs contre les excès qui pourraient découler d'une application trop littérale des lois fondamentales: certaines conséquences qui seraient juridiquement logiques ont été exclues, le plus souvent par simple non-application. Si on avait, par exemple, appliqué la règle selon laquelle le successeur n'a pas à honorer les dettes

de son prédécesseur puisqu'on ne se trouve pas dans une succession de droit privé on aurait mis à mal tout le système de crédit très nécessaire à la monarchie.

L'ancienneté et la permanence de la coutume sont aussi un élément déterminant mais aucun des actes qui établissent cette source de droit ne pourrait avoir d'autorité s'il ne traduisait le consentement du royaume; la dévolution de la couronne s'accomplit donc selon cette coutume acceptée par le corps civil. Les apports du mécanisme héréditaire, tous nés d'une série d'initiatives royales qu'une prescription séculaire, née du consentement tacite du peuple a transformé en situation de droit, ont gagné une force objective qui les fait échapper aux volontés individuelles en fonction des fins particulières de la royauté.

En dépit des apparences, il n'y a pas transmission du pouvoir de monarque à monarque, mais investiture automatique et directe du successeur par la coutume pour en continuer l'office. Les titulaires successifs sont dépersonnalisés au profit de la permanence de l'être royal. Le roi est au mieux un usufruitier ou un tuteur du royaume.

Ces lois fondamentales qui limitent son pouvoir sont entièrement acceptées par le roi dans l'intérêt du royaume (Olivier-Martin), et ont été créées par ses propres juristes. Cette limitation du pouvoir existe dans d'autres pays, quoique le terme de « lois fondamentales » soit strictement français, mais ces normes y sont clairement imposées de l'extérieur au souverain (Leca), alors que le roi de France pratique l'autolimitation. L'absolutisme princier annonce en cela l'absolutisme démocratique qui admet des restrictions librement consenties, comme les droits de l'homme (Leca)

Quelques rois, et non des moindres, malgré « l'heureuse impuissance » de les contourner qu'ils reconnaissaient, ont bien essayé de se libérer en matière de succession du carcan des lois fondamentales mais il est remarquable que chaque fois leurs tentatives ont été vouées à l'échec et qu'après leur mort la dévolution a repris son cours prédestiné.

Il faut enfin avoir conscience que compte tenu de leur origine coutumière et du souci de pouvoir régler un problème imprévu, les lois fondamentales sont un ensemble ouvert qui n'a jamais connu d'énumération limitative. La tentation était dès lors forte pour les auteurs ou pour les forces politiques d'essayer de créer des lois fondamentales. Les Etats-Généraux s'y sont essayés, demandant au roi de consolider telle ou telle thèse en loi fondamentale: le droit divin en 1614 par exemple. Les Parlements surtout, à la fin du XVIIIème proclament de leur propre chef une kyrielle de lois fondamentales (droit de la Nation d'accorder les subsides comme inamovibilité des magistrats, et bien d'autres). Mais le roi n'a jamais entériné ces errements et les lois fondamentales sont donc restées cantonnées aux dispositions qui règlent la dévolution du trône et imposent l'inaliénabilité du domaine de la couronne.

Les conflits idéologiques qui ont précédé et suivi la Révolution avaient conduit à sous-estimer la valeur juridique des lois fondamentales. Voltaire écrivait « On parle partout des lois fondamentales mais existent-elles? », des historiens comme Marcel Marion niaient même leur existence. Aujourd'hui les historiens s'accordent à leur donner valeur de lois constitutionnelles.

La nouvelle base fondamentale à partir de la Révolution française

Que s'est-il passé sous la Révolution française pour qu'une telle éclipse ait affecté les lois fondamentales ? En réalité, le travail d'effacement s'est effectué progressivement en même temps que s'amorçait un passage de l'absolutisme du roi vers un absolutisme de l'Etat.

Le passage de l'absolutisme du Roi à l'absolutisme de l'Etat

De la coexistence de deux courants à l'éclipse du terme « fondamental »

En 1789, coexistent deux tendances.

La majorité de l'assemblée part du principe qu'elle a pour tâche de mettre par écrit les « Lois fondamentales » de l'Etat. C'est d'ailleurs ce que réclamaient les auteurs des Cahiers de Doléances qui souhaitaient que la France retrouve son ancienne Constitution ruinée par l'absolutisme. Cependant, une minorité, reprenant les idées de Sieyès croit que la Constitution doit reposer sur des principes juridiques neufs.

A cette époque encore une continuité dans la tradition française côtoie une volonté de rupture avec le passé. La réalité de ces deux courants se vérifie dans le texte de la Constitution de 1791.

La première tendance se découvre, de façon manifeste, dans le titre I de la Constitution qui reprend le terme de « fondamental » : « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution ». De plus, la présence de ce courant est confirmée dans le Titre 3 qui, d'une part, consacre la forme monarchique du pouvoir (article 4) et, d'autre part, confirme la loi salique (chapitre II, Section 1, article 1). De ce fait, les notions essentielles des « Lois fondamentales » du royaume se retrouvent, mises par écrit, à l'intérieur de la Constitution.

D'autre part, la hiérarchie des normes juridiques, caractéristique de la monarchie capétienne, demeure avec les mêmes conséquences de supériorité, de rigidité et de protection de la pérennité. La monarchie française était régie par une Constitution coutumière comprenant les « Lois fondamentales » du Royaume auxquelles le roi devait obéissance. Il s'agissait d'une Constitution rigide dans la mesure où la modification de ces lois ne pouvait obéir à une procédure ordinaire (à la différence de la Constitution coutumière britannique qui est souple et ne connaît aucune procédure spéciale).

De la même façon, la Constitution du 3 septembre 1791, et toutes celles qui lui ont succédé jusqu'à nos jours, sont des Constitutions rigides. Elles représentent la « loi suprême » comme l'affirmait déjà Thouret le 3 novembre 1789 devant l'assemblée : « Etablir la Constitution, c'est porter, au nom de la Nation, la loi suprême qui lie et subordonne les différentes parties de l'Etat au tout ... c'est-à-dire ... la Nation en corps »; (Archives parlementaires, Première Série, Tome 9, page 655). Pour cette raison, la Constitution - loi suprême - s'impose à la volonté des législateurs ordinaires. Pour sa création, elle nécessite, « un pouvoir législatif spécial, dit Pouvoir constituant, qui statue d'une manière spéciale au nom de la Nation » (André HAURIOU Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, éd. Montchrestien, 5ème éd., 1972, 978 pages, p.291). Durant son existence, cette protection se poursuit de deux façons. La révision ne peut s'accomplir que par une procédure spéciale (plus ou moins contraignante suivant les Constitutions) destinée à empêcher toute manipulation inconsidérée. Le contrôle de constitutionnalité est venu s'ajouter par prudence pour garantir la Constitution contre toute atteinte à son intégrité par les législateurs ordinaires. Caractéristiques des pays de Constitutions rigides, ces deux procédures restent inconnues des pays de Constitutions souples comme la Grande-Bretagne dont le Parlement garde un pouvoir « sans entrave » (« *unfettered* ») qui s'étend à toutes les formes de lois, même quand de telles lois garantissent « les droits fondamentaux » (« *fundamental rights*, Harvey (J.) et Bather (L.) The British Constitution, London, Mac Millan and Co LTD, 1964, 572 pages, p.8).

Donc, la continuité avec la monarchie existe en 1791, aussi bien dans la forme du régime que dans la conception des normes juridiques.

Cependant, la deuxième tendance est bien présente comme l'atteste le préambule fameux qui consacre une rupture radicale avec le passé : « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits ». Suit une longue liste d'institutions supprimées : « Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie... Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité... Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations... ». En réalité, c'est toute la structure de la société française et ses principes qui disparaissent pour laisser la place à d'autres principes énumérés immédiatement après dans le Titre I dont les « Dispositions fondamentales » reprennent, de façon pratique, les notions d'égalité (devant l'emploi, l'impôt et la sûreté) et de liberté (aller et venir, expression, réunion, pétition et propriété). Enfin, après quelques règles diverses relatives à la mise en place de la constitution civile du clergé, ces dispositions se concluent par la volonté d'un changement du Droit : « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume ». La France entre vraiment dans une ère nouvelle. Il n'est pas question de consacrer l'expérience juridique des siècles passés à partir des coutumes, mais de rédiger et de rassembler des règles de Droit nouvelles puisque « communes à tout le Royaume ». Après l'élimination des Parlements mis en vacance par la loi du 3 novembre 1789 et plus jamais réunis, c'est la coutume qui disparaît à son tour. Même si les codes ne verront le jour que bien des années plus tard, la marche vers l'exclusivité de la Loi est entamée.

Cette rupture est confirmée par le fait que, désormais, le roi tient son pouvoir de la Constitution selon la théorie de Sieyès sur le pouvoir constituant. Du reste, il devient « le premier fonctionnaire public » d'après le décret du 12 septembre 1791. Dès cette époque, le travail des révolutionnaires français consiste dans un renouvellement complet de la conception du Droit Public en donnant à la Constitution, d'une part un caractère unique par la réunion dans un seul document de l'ensemble des règles qui déterminent l'exercice et la dévolution du pouvoir (sens matériel) et, d'autre part, un caractère solennel par le formalisme exigé pour conférer à ce document unique la première place dans la hiérarchie des règles de Droit (sens formel).

Du fait de la coexistence de ces deux courants, **la Constitution du 3 septembre 1791 consacre le passage de l'absolutisme du roi à l'absolutisme de la Loi.**

Puis, la Royauté est renversée le 10 août 1792. Elle fait place à la République. Les « Lois fondamentales » ne doivent plus exister, non seulement comme dispositions propres à un régime, mais aussi en tant que lois constitutionnelles. Le terme « fondamental » disparaît des textes pour plus de 150 ans (à une exception près).

En 1793, la Constitution du 24 juin, précédée d'une Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen plus longue que celle de 1789 (35 articles), a dispersé les notions, contenues en 1791 dans les « dispositions fondamentales », à l'intérieur de la Constitution. C'est ainsi que la mention d'un code « uniforme », par exemple, est placée à l'article 85, alors que les articles 122 à 124 sont relatifs à « la garantie des Droits ».

Dans la Constitution de l'An III (22 août 1795), les « dispositions fondamentales » sont devenues des « Dispositions générales » reléguées au Titre XIV (articles 351 à 377).

Le même titre de « Dispositions générales » est choisi dans la Constitution de l'An VIII (13 décembre 1799) au Titre VII (articles 76 à 95) qui contient essentiellement des garanties concernant la sûreté et la procédure pénale. L'article 82, par exemple, rappelle l'article 7 de la Déclaration de 1789.

La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, après un long préambule, reprend sous le titre « Droit public des Français » la plupart des droits des déclarations antérieures (liberté individuelle, égalité devant la loi, devant l'emploi, propriété, etc. dans les articles 1 à 12).

La Charte constitutionnelle du 14 août 1830 adopte à peu près les mêmes droits réunis, après un préambule réduit à sa plus simple expression, sous le même titre « Droit public des Français » (articles 1 à 11).

En 1848, la Constitution du 4 novembre reprend la distinction entre la proclamation de droits généraux dans un préambule (articles I à VIII) qui contient pour la première fois des droits personnels et communautaires et l'énumération de droits pratiques, principalement, dans les Chapitres I à III de la Constitution. Les plus nombreux sont concentrés dans le Chapitre II consacré aux « Droits des citoyens garantis par la Constitution » qui représentent la mise en application des droits proclamés dans le préambule, comme l'abolition de l'esclavage (article 6), l'abolition de la peine de mort en matière politique (article 5), l'égalité devant l'impôt (article 15), la liberté de réunion, d'association et d'expression (article 8), etc. Le suffrage universel est confirmé dans le chapitre IV (articles 23 à 26).

La Constitution du 14 janvier 1852 constitue une exception. Elle adopte une autre forme sans pour autant s'éloigner du schéma habituel. Une longue proclamation en forme de préambule explique les fondements du régime et le Titre I renvoie à la reconnaissance des « grands principes proclamés en 1789... qui sont la base du droit public des Français ». Cependant, il est à noter que Louis-Napoléon Bonaparte ose employer le terme de « fondamental », certes dans le cadre d'une utilisation technique concernant la modification de la Constitution, mais néanmoins dans son acception la plus réelle de « base première » : « Le Sénat peut, de concert avec le Gouvernement, modifier tout ce qui n'est pas **fondamental** dans la Constitution ; mais quant aux modifications à apporter aux **bases premières**, sanctionnées par vos suffrages, elles ne peuvent devenir définitives qu'après avoir reçu votre ratification ».

Les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent que des articles en rapport avec l'organisation des pouvoirs.

Le projet de Constitution du 19 avril 1946 insère la déclaration des droits de l'homme à l'intérieur de la Constitution, de l'article 1 à 39.

La Constitution du 27 octobre 1946 reprend le système du préambule en tête de la Constitution avant le Titre I consacré à la souveraineté qui associe souveraineté nationale et populaire et étend le suffrage universel aux « Français majeurs des deux sexes ». Ce préambule est remarquable par l'emploi de l'expression de « principes fondamentaux » : « **le peuple français... réaffirme solennellement les Droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration de Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** ».

Enfin, la Constitution du 4 octobre 1958 associe, dans son préambule, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 ; le Titre I sur « la

souveraineté » reprenant à peu près les mêmes dispositions que celui de 1946. Ainsi, dans la mesure où les dispositions du préambule de la Constitution de 1946 sont toujours en vigueur, la Constitution de la Vème République reconnaît, elle aussi, « **les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** ».

L'étude des Constitutions soulève deux remarques.

Tout d'abord, si l'on excepte son utilisation technique en 1852, la disparition du terme « fondamental » à partir de 1793 est systématique. Il ne renaît qu'en 1946 associé au mot « principes » tout en continuant de soulever une certaine inquiétude comme le prouve la restriction apportée par les constituants qui précisent qu'il s'agit des seuls « principes fondamentaux **reconnus par les lois de la République** ».

Ensuite, dans tous les textes, hormis dans ceux de 1875, qu'elle soit précédée d'une déclaration des droits ou d'un préambule, la Constitution comporte, à l'intérieur même de ses articles, des droits pratiques qui représentent la mise en application des droits généraux rappelés en tête du document. La confirmation en est donnée, soit dans les titres (1791, 1848), soit dans les articles (1793, 1852) : c'est la Constitution qui « garantit les droits ».

Les raisons de l'éclipse du terme « fondamental » : La Constitution comme seul principe fondamental

Plusieurs raisons expliquent cette éclipse. Elles se découvrent à la fois dans une volonté et dans une réalité politiques.

Dès les premiers jours de la Révolution française, en effet, une double volonté anime les plus actifs de ses acteurs : le refus du passé et la croyance dans une création nouvelle de la société.

La rupture avec le passé est déjà visible dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle est manifestée de façon claire dans le préambule de la Constitution de 1791. Toutefois, plus que des mots, ce sont les actes qui apportent la preuve de la réalisation de cette volonté. Car tout le passé s'efface dans la réalité : les parlements, la coutume, le cadre territorial avec ses provinces, la structure de la société fondée sur les ordres et finalement le Roi lui-même. Le Roi qui faisait corps avec la Nation est dissociée de celle-ci au profit de la Constitution. Son pouvoir qui était suprême devient dépendant de cette « loi suprême ». Il perd son essence sacrée qui, par un effet de vases communicants, revient à la Loi et, au sommet de cette Loi, à la Constitution. Quand la République est proclamée, la Constitution reste seule au sommet de l'Etat.

La volonté de création nouvelle est tout aussi forte. Les révolutionnaires français entament un renouvellement complet de la société et de l'Etat. Or, dans la mesure où tous les anciens modes de création juridique ont été écartés, seules demeurent la Loi pour créer et l'Administration pour mettre en œuvre. Toute l'œuvre de la Révolution, du Consulat et de l'Empire, puis des régimes qui suivront, repose sur la Loi.

Cette concentration des volontés dans un seul moyen d'action est à l'origine du développement exponentiel de la Loi. Certes, les « Lois fondamentales » s'imposaient à la volonté du Roi. Néanmoins, celui-ci restait un souverain absolu et celles-là étaient dispersées. La Constitution, réunie dans un document unique, accentue la rigidité du formalisme en même temps que le pouvoir absolu qui en émane. Quand le Roi disparaît, elle développe un absolutisme qui n'est freiné par aucune autre institution. Elle concentre en elle le pouvoir

absolu du Roi qu'elle remplace puisqu'elle est établie au nom de la Nation et celui des « Lois fondamentales » du fait du choix des révolutionnaires de continuer le principe des Constitutions rigides.

Comme toujours, durant la période révolutionnaire, à la volonté correspond la réalité des faits. Animés d'une véritable doctrine, les hommes mettent en pratique ce à quoi ils croient. Pour cette raison, la Constitution qui rassemble en elle la totalité des aspirations devient, même si l'expression n'est jamais employée, LE principe fondamental dans la Nation - réalité, à la fois politique et juridique, exprimée par la théorie du constitutionnalisme qui s'impose jusqu'à la fin du XXème siècle.

Les « Lois fondamentales » ne concernaient que les principes généraux de l'organisation du pouvoir dans l'Etat, même si le terme de « lois », comme cela a été relevé, recouvrait, en réalité celui de « principes ».

Or, la Constitution, et c'est une constante, rassemble en un tout l'organisation toujours détaillée des pouvoirs dans l'Etat, la forme du régime et, enfin, les bases de la société fondée sur les critères de la liberté et de l'égalité. L'énumération rapide des Constitutions a permis de le vérifier : contrairement à ce que pourrait faire croire une vision rapide, les Déclarations et les proclamations dans les préambules ne sont pas exclusives des droits de l'homme. Ceux-ci sont toujours présents, dans leur caractère pratique, à l'intérieur du document, répartis dans les articles de chaque Constitution.

La raison en est la croyance selon laquelle la Loi a pour mission d'assurer la liberté de l'homme. Aussi, même quand, dans des déclarations ou des préambules, des droits sont déclarés « naturels », c'est une loi qui les déclare tels. Comme la protection de la Constitution, la liberté de l'homme est organisée par la Loi. Le fait d'introduire ces droits à l'intérieur même de la Constitution - « loi suprême » - leur confère une autorité et une protection qui les rend « inaliénables et sacrés ». Pour deux siècles, la Constitution devient le rempart de l'organisation de l'Etat et des droits de l'homme confondus. Elle représente, au sens le plus concret, le socle de la nouvelle société, La Loi fondamentale dans une société nouvelle recréée par la Loi.

C'est ainsi que la Constitution devient elle-même LE principe fondamental, le seul nécessaire qui rassemble la totalité de ce qui est vital pour assurer la liberté dans l'Etat.

La Constitution est bien un « principe », au sens étymologique d'antériorité et de primauté, en raison de la volonté de rupture avec le passé qui anime les révolutionnaires. Dans la logique de l'institution du calendrier révolutionnaire qui exprime l'avènement d'une ère nouvelle, la Constitution doit être à la source, non seulement de la nouvelle société, mais également de l'organisation des pouvoirs publics, ce qui se résout en une négation des Lois fondamentales. Dès lors, celles-ci sont non seulement rejetées hors du domaine constitutionnel, mais également niées dans leur existence. La Constitution devient LE principe au sens de création nouvelle de Droit public issue, ex nihilo, de la seule Raison humaine.

La Constitution est également « fondamentale » sans aucun doute, même si ce mot est banni du vocabulaire pour des raisons évidentes. Le sens étymologique d'ancrage qui rend sûr et stable, qui soutient l'ensemble de l'œuvre, est bien présent. Cependant, alors que la fondation, dans son sens classique, sert la création donc, lui est distinct, ici, du fait de la volonté de primauté absolue, le fondement est confondu avec la création. La Constitution est le

fondement, ex nihilo, à la fois créateur d'une nouvelle façon d'être, socle de la société nouvelle et rempart de droits érigés en principes « sacrés ».

Car, le terme de « principes » traverse toute la période révolutionnaire jusqu'à nos jours pour désigner les bases nouvelles de la société.

On le retrouve en 1791 dans le préambule de la Constitution (« ...voulant établir la Constitution française sur les **principes** qu'elle vient de reconnaître et de déclarer »),

en 1795 dans l'article 2 de la Déclaration des devoirs de la Constitution de l'an III (« Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux **principes**, gravés par la nature dans tous les cœurs : ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit - Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir »),

en 1799 dans la proclamation du 24 frimaire an VIII (15 décembre 1799 : « la Constitution est fondée sur les vrais **principes** du Gouvernement représentatif »),

en 1814, dans le préambule de la Charte constitutionnelle (« nous avons cherché les **principes** de la Charte constitutionnelle dans le caractère français et dans les monuments vénérables des siècles passés »),

en 1848, dans le préambule de la Constitution (article IV : La France « a pour **principe** la Liberté, l'égalité et la Fraternité »),

en 1852, d'abord dans le préambule (« tels sont les **principes** dont vous m'avez autorisé à faire l'application ») puis dans le Titre premier de la Constitution (article 1 : « La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands **principes** proclamés en 1789 »),

en 1946 dans la Constitution du 27 octobre qui effectue une hiérarchie entre « les **principes fondamentaux** reconnus par les lois de la République » et les autres principes (d'abord dans son préambule, 3^e alinéa : « Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les **principes** politiques, économiques et sociaux ci-après » (suffrage universel, activité syndicale...), puis dans le Titre premier, article 2, 4^e alinéa « son **principe** est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », l'ancien principe de 1848 étant devenu la devise de la République),

enfin en 1958 dans la Constitution du 04 octobre (dans son préambule : « son attachement...aux **principes** de la souveraineté nationale » et dans le Titre premier, article 2 : « Son **principe** est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »).

Qui peut garantir des principes aussi « sacrés » sinon, justement une base primordiale - première -, un principe fondamental, c'est-à-dire la Constitution qui les contient, qui les soutient et qui les protège ?

La Constitution est donc à la fois le fondement idéologique et la création de la société nouvelle - « l'institution sociale légitime » chère à Jean-Jacques Rousseau - puisque tous ces principes sont répartis dans ses articles. En 1793, dans la Constitution jamais appliquée du 24 juin, il est écrit, à l'article 122 : « La Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété ». En 1848, dans le Chapitre II, article 13 : « La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie ». Et ainsi de suite...la quasi-totalité des documents contient cette assurance d'une « garantie » par la Constitution. Le vocabulaire est révélateur.

Albert Mathiez, le grand robespierriste, explique les mécanismes de cette idéologie qui se met en place pour longtemps : « Telle est la grande idée essentielle de la philosophie du XVIII^e siècle : **l'homme peut améliorer indéfiniment sa condition en modifiant l'organisme social**. L'organisme social peut et doit être instrument de bonheur ; d'instrument de bonheur à objet de vénération, de culte, il n'y a qu'un pas. L'Etat est constitué par les philosophes comme le gardien suprême de la Morale et de la Religion. Comment l'Etat remplira-t-il sa mission morale et providentielle ? Par la Loi. **La Loi est le moyen par lequel l'Etat poursuit**

sa fin, qui est le bonheur commun » (Albert MATHIEZ, *Les origines des cultes révolutionnaires*, Paris, 1904, pp.14-15).

C'est ainsi que **l'exclusivité de la Loi**, par l'effacement de tout autre pouvoir intermédiaire - la Loi, unique rempart et norme suprême -, **développe un monisme du pouvoir et un absolutisme de l'État**. Dans ce contexte naît, dans le sillage du positivisme, la théorie du constitutionnalisme qui gouvernera le Droit constitutionnel jusqu'à la fin du XXème siècle selon une idéologie monolithique. Déjà préparée par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme selon lequel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution », cette théorie apporte au terme « Constitution » un sens restrictif qui deviendra le seul accepté en Droit constitutionnel. Désormais, une Constitution n'existe que dans la mesure où elle obéit à trois conditions impératives : avoir comme objectif la liberté, comme moyen la séparation des pouvoirs et comme forme la solennité et la suprématie d'un document unique élaborée selon une procédure spéciale différente des lois ordinaires.

L'exigence du document unique repoussait définitivement dans un passé révolu les « Lois fondamentales » alors même que la hiérarchie des normes continuait la tradition française des Constitutions rigides. En réalité, dans la mesure où une seule forme est acceptée alors que le choix reste ouvert sur le contenu (État fédéral ou unitaire...), la forme l'emporte bientôt sur le fond pour définir les critères d'une Constitution. La théorie, née en France, essaime dans l'Europe puis dans le monde entier. La Constitution, protégée par ses critères de forme (document unique et procédure spéciale d'une part, garantie des droits de l'autre), devient « le principe fondamental » qui permet même, au XXème siècle, l'entrée parmi les Nations reconnues dans l'Organisation des Nations Unies. Tout semble désormais en place pour créer un monde nouveau et meilleur.

La régression de la Constitution comme seul « principe fondamental » et la redécouverte des « principes fondamentaux »

Pourtant, les tragiques conséquences des idéologies devaient démentir cette attente.

Il faut attendre la fin du XXème siècle pour que, dans un même processus de ralentissement puis de régression, la théorie du constitutionnalisme marque le pas et la Constitution en France ne soit plus considérée comme l'unique rempart de la garantie des droits. À travers un faisceau de causes diverses de cet effritement, quatre principales peuvent être relevées, l'une intrinsèque à la France et les trois autres extérieures à sa responsabilité.

La première raison, propre à la France, découle de l'instabilité chronique du pays en matière constitutionnelle. Alors que les États-Unis ont su garder leur Constitution dans une stabilité remarquable depuis plus de deux cents ans, la France a connu, entre temps, cinq Républiques, un Consulat, deux Empires et deux Monarchies. La plupart des juristes, historiens et publicistes, reconnaissent dans cette opposition le fait que les Américains admettent, avec réalisme, les limites inévitables du texte fondateur et adhèrent d'une façon générale à la même civilisation (fondation et création sont distinctes), alors que la France vit, depuis à peu près le même laps de temps, dans une insatisfaction permanente due à la recherche, en perfection,

d'une Constitution idéale. Pour cette raison, « le principe fondamental » est continuellement « recréé » dans la mesure où fondation et création sont confondues.

Néanmoins, la puissance de l'Administration issue de la Révolution et implantée durablement par le Consulat et l'Empire, offrait une stabilité et une longévité qui palliait les soubresauts constitutionnels. Les principes - le terme est éloquent - de service public, de continuité, de gratuité, etc. constituaient le vrai soubassement de la France dont la Constitution, pourtant, continuait de rester l'unique principe fondamental. Cette longévité de l'œuvre napoléonienne se vérifie jusqu'aux années 1970, environ.

Or, de nos jours, avec l'instauration de l'Union européenne, cette théorie du constitutionnalisme est mise à mal. Cela libère les imaginations qui étaient sanglées dans ces conditions fixant un modèle quasi unique de Constitution. Cependant, des questions nouvelles se posent.

Aujourd'hui, après les modifications nombreuses de la Constitution française demandées par l'émergence de l'Europe, que reste-t-il du document unique imposé par les anciennes conditions de forme ?

D'autre part, la Constitution doit être au sommet de la hiérarchie des lois. Or, aujourd'hui, les lois européennes priment la Constitution française ce qui explique ses nombreuses modifications. Que reste-t-il de la primauté de la Constitution et donc de la notion de Constitution rigide ?

Si l'on considère la situation actuelle d'un point de vue historique, on assiste actuellement à une déstabilisation dans le domaine du droit public français et plus largement dans le domaine du Droit en général, du fait de la naissance de l'Europe. Par étapes, la spécificité française s'efface. Déjà, dans la Constitution, si le texte fondamental organisant les pouvoirs publics demeure, le principe fondamental a été pulvérisé. Plus personne, au début du XXIème siècle, n'aurait le réflexe de se référer en premier à la Constitution.

De plus, cette situation nouvelle accompagne la chute des idéologies les plus structurées. Très fortes au XXème siècle, celles-ci apportaient néanmoins un élément de stabilité puisqu'elles reposaient sur des principes monolithiques.

Enfin, sur le plan international également, cette supériorité apportée à la forme a permis à des pays dictatoriaux de se donner l'apparence de l'honorabilité en exhibant une Constitution irréprochable obéissant aux conditions de forme exigées et contenant des garanties des droits dont nulle application n'a jamais existé dans les pays et pour les peuples qui étaient victimes d'une tyrannie protégée internationalement par la procédure. Tolérée pendant des décennies, cette pratique a fini elle aussi par saper la confiance que les hommes accordaient aux institutions et à la Loi suprême.

Pour toutes ces raisons, la construction de l'Europe ajoutée à la reconstruction d'un nouveau mode de pensée après la chute du mur de Berlin incite les hommes à chercher des principes solides pour étayer le système nouveau qui est en train de se construire.

Cependant, les principes, qui existent aujourd'hui, sont disparates : ils viennent de divers horizons. Il est possible de citer :

.la civilisation grecque à qui l'on doit la démocratie, la philosophie, la science politique, la psychologie...,

- .la civilisation romaine qui a légué la science du Droit et le principe de l'autorité..
- .la Bible, Ancien et Nouveau Testaments, qui a donné la civilisation chrétienne avec la distinction du spirituel et du temporel, les libertés personnelles et communautaires, l'émergence de la personne...
- .la monarchie française avec le travail des auteurs comme Bodin qui a construit la notion d'Etat et celui des parlements
- .les Lumières, la Révolution française, le Consulat et l'Empire qui ont travaillé à rationaliser le Droit, notamment avec les Codes,
- .il ne faut pas oublier l'apport anglo-saxon (anglais et américain) lui-même très influencé par la Bible et attaché au capitalisme.
- .ni les idéologies qui sortent renforcées de la crise de la fin du XXème siècle comme le capitalisme, les socialismes pragmatiques, le libéralisme ou le mondialisme qui est le produit de leur rencontre,

Etc.

Ces principes, disparates, ont besoin d'être unifiés, d'être stabilisés, d'être structurés, car cette diversité ne peut porter du fruit que dans une unité retrouvée, dans un ancrage commun. D'où cet appel, un peu désordonné et par voie de conséquence propice à leur affaiblissement, à des principes en même temps que cette insatisfaction du terme principe employé seul qui exprime le besoin d'une hiérarchie des normes à reconstruire.

L'expression de « principes fondamentaux », en associant la primauté à la base nécessaire, exprime donc à la fois la conscience d'un manque d'unité et de principes communs - traduite par l'ajout du terme « fondamentaux » - et la volonté de parvenir à une unité qui se manifeste dans la diversité - révélée par l'emploi du pluriel.

Grille d'analyse définitive des décisions des juridictions suprêmes utilisant les termes de principe fondamental

I. IDENTIFICATION DE LA DECISION

1. Juridiction, formation, chambre
2. Date, identification de la décision
3. La décision est-elle publiée ? 3.1 oui 3.2 non
4. Nature de la décision
5. Le principe fondamental fonde-t-il la décision ?
 - 5.1 oui
 - 5.2 non
 - 5.3 ne sais pas

II. IDENTIFICATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

6. Le principe a-t-il été invoqué dans la procédure ?
 - 6.1 Oui
 - 6.1.1 Par qui ?
 - 6.1.2 Le principe est-il qualifié de fondamental ?
 - 6.1.2.1 oui 6.1.2.2 non
 - 6.2 Ne sais pas.
 - 6.3 Non

7. Le principe est-il mentionné par la Juridiction Suprême ?
 - 7.1 Oui
 - 7.1.1 avec la qualification de principe fondamental
 - 7.1.2 sans la qualification de principe fondamental (préciser la qualification de substitution)
 - 7.2 Non
8. Si oui, où le principe est-il mentionné ?
 - 8.1 dans les motifs
 - 8.2 dans le visa
 - 8.3 dans le dispositif
9. Quel est l'énoncé du principe fondamental ?
10. Cet énoncé renvoie-t-il ?
 - 10.1 à une règle identifiée
 - 10.2 à une famille de règles
 - 10.2.1 : une règle découlant de cette famille peut-elle être identifiée ?
 - avec la qualification de fondamentale
 - sans cette qualification (précisez)
 - 10.3 aux éléments fondamentaux d'une matière
11. S'il s'agit d'une règle identifiée, la juridiction admet-elle son existence ?
 - 11.1 Oui
 - 11.2 Oui, mais elle n'est pas applicable. Pourquoi ?
 - 11.3 Non

12. Quelle est, selon la juridiction, la source du principe fondamental ? **III. FONCTIONS (spécifiques à chaque juridiction)**

(plusieurs réponses sont possibles)

12.1 déduit d'un texte (précisez si possible)

12.2 sa propre jurisprudence (précisez si possible)

12.3 jurisprudence d'une autre juridiction (précisez si possible)

12.4 coutume internationale

12.5 principes communs

12.6 non précisé

15. Quel rôle le principe fondamental joue-t-il dans la décision ?
(plusieurs réponses sont possibles)

15.1 poser ou reprendre une solution en l'absence d'un texte

15.1.1 invoqué 15.1.2 retenu

15.2 interpréter une autre règle

15.2.1 invoqué 15.2.2 retenu

15.3 écarter ou annuler l'application d'une règle (précisez l'origine de cette règle)

15.3.1 invoqué 15.3.2 retenu

13. Quelle est, selon vous, la source du principe fondamental (texte, coutume, création ex-nihilo, jurisprudence d'une autre juridiction) ?

16. Lorsque le(s) principe(s) fondamental(ux) renvoie(nt) aux éléments essentiels d'une matière, comment la juridiction apprécie-t-elle le caractère fondamental ?

14. Le principe fondamental avait-il déjà été affirmé par la juridiction ?

14.1 oui 14.2 non 14.3 ne sais pas

IV. Remarques

PRINCIPES FONDAMENTAUX ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour internationale de Justice (CIJ) est à la disposition des Etats pour résoudre leurs différends. Depuis 1947, date de sa première décision, la CIJ a examiné cent trois affaires au contentieux pour lesquelles elle a été amenée à se prononcer plusieurs fois en raison de demandes de mesures conservatoires ou d'exceptions préliminaires. Par ailleurs, elle a rendu vingt-trois avis dans le cadre de sa fonction consultative, procédure ouverte uniquement aux organisations internationales qui désirent connaître la position de la Cour sur toute question juridique particulière.

I- L'approche des principes fondamentaux

A- Les statistiques

La CIJ a utilisé dans plus d'une vingtaine d'affaires l'expression « principe fondamental ». Cependant, en 1999, elle a eu à connaître d'une série d'affaires relatives à la licéité de l'emploi de la force armée sur le territoire yougoslave dans le cadre de demandes en indications conservatoires déposées par un même Etat opposé à six autres. La disposition en cause ayant été violée par ces différents pays au regard des observations présentées par l'Etat demandeur, la juridiction internationale a donc été amenée à reprendre la même qualification dans six ordonnances.

Les avis que la Cour est susceptible de rendre ne devraient pas être pris en considération dans le cadre de cette étude puisqu'ils ne sont pas obligatoires contrairement aux arrêts rendus au contentieux et aux avis rendus par la CJCE. Toutefois, on peut constater que la CIJ a donné une série d'avis particulièrement importants concernant l'interprétation de la Charte des Nations Unies, contribuant ainsi à la théorie générale des Organisations internationales. Par ailleurs, on s'est aperçu que parfois une demande d'avis était en réalité liée à l'existence d'un réel conflit entre Etats. Aussi, la Cour n'effectue-t-elle aucune distinction entre les principes juridiques qu'elle isole dans le cadre de sa fonction contentieuse et ceux qu'elle utilise dans le cadre de sa fonction consultative. Dans un avis consultatif de 1995, la CIJ a mis en exergue parmi les différentes normes internationales en matière de droit humanitaire, celles qui avaient une valeur de principes fondamentaux pour la Communauté internationale.

B- le contenu

La CIJ a qualifié de fondamental :

Les principes de droit tels que :

- le principe de l'effet utile des frontières
(CIJ, arrêt du 3/02/94, Différend territorial Jamahiriya Arabe Libyenne c. Tchad),
- le principe de l'égalité des parties
(CIJ, arrêt du 4/12/98, Affaire de la compétence en matière de pêcheries, Espagne c. Canada),
- le principe de l'autorité de la chose jugée.
(CIJ, avis du 13/07/54, Effets des jugements du TANU accordant des indemnités),
- le principe de bonne administration de la justice et le principe selon lequel la compétence de la Cour procède exclusivement du consentement des parties
(CIJ, arrêt du 26/06/92, Affaire relative à certaines terres à phosphate à Nauru, Nauru c. Australie),

Les principes du droit tels que :

- le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes
(CIJ, arrêt du 30/06/95, Timor oriental, Portugal c. Australie),
- le principe de neutralité en droit humanitaire et plus généralement les principes de base du droit humanitaire applicables dans les conflits armés,
(CIJ, arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis)
- le principe de l'assistance consulaire, le principe du respect du droit diplomatique
- la sauvegarde de l'environnement
(CIJ, avis du 8/07/96, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, ONU et OMS),
- le principe de l'interdiction de recourir à la force armée
(CIJ, arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis), et Activités armées sur le territoire du Congo, République du Congo c. Burundi
- le principe de la stabilité et de l'intangibilité des frontières
(CIJ, arrêt du 3/02/94, Différend territorial Jamahiriya Arabe Libyenne c. Tchad),
- pacta sunt servanda
(CIJ, arrêt du 27/08/52, Application de l'acte d'Algesiras, France c. Etats-Unis,+
arrêt du 2/02/73, Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c ; Irlande),
- le principe du respect des frontières héritées de la décolonisation (l'uti possidetis juris)
(CIJ, arrêt du 11/09/92, Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, El Salvador c. Honduras)
(CIJ, arrêt du 11/06/98, Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, Cameroun c. Nigéria),
- le principe de réciprocité
(CIJ, arrêt du 26/11/57, Droit de passage sur le territoire indien, Portugal c. Inde),
- le principe du règlement pacifique des différends
(CIJ, arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis),
- le principe de l'égalité souveraine des Etats
(CIJ, arrêt du 21/03/84, Affaire du plateau continental, Jamahiriya arabe libyenne c. Malte),
- le principe de la légitime défense
(CIJ, arrêt du 27/06/86, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis),
- le principe de délimitation du plateau continental par voie d'accord entre les Etats concernés et le principe de délimitation conforme à des principes équitables
(CIJ, arrêt du 20/02/69, Plateau continental de la mer du Nord, Danemark et Pays-Bas c. RFA).

Ces différents principes sont soit des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (au sens de l'article 38 du statut de la Cour), soit des principes généraux du droit international. Les premiers ne sont autres que des principes issus des droits internes. C'est la raison pour laquelle ils ont peu été pris en considération dans le cadre de cette étude. La référence à ces principes dans le statut de la CPIJ (repris par la CIJ) permettait tout simplement à la juridiction internationale à une époque où le droit international était encore très incomplet d'éviter le non liquet. Ce travail de transposition tendra donc à se raréfier. Ce sont essentiellement des principes d'ordre procédural, des règles relatives à l'administration de la justice que l'on retrouve à l'échelon international. Quelques règles matérielles ont pu également être transposées dans l'ordre juridique international telle que la force majeure,

mais la CIJ n'a pas utilisé le terme de fondamental pour les désigner. Ils sont dorénavant appréhendés comme des éléments autonomes et supplétifs de formation du droit international public.

Quant aux principes du droit international, ce sont souvent des règles de droit d'une grande généralité, des règles abstraites mais souvent invoquées et appliquées dans l'ordre juridique international. Ces principes peuvent apparaître sous la forme d'une proposition normative mais la plupart du temps, ils apparaissent sous la forme d'un concept, c'est-à-dire d'une formule qui permet de condenser plusieurs normes juridiques (les principes de l'égalité des Etats, le principe de la légitime défense). Ils se rattachent obligatoirement à d'autres éléments autonomes de formation du droit international public.

C- L'origine

L'origine des principes fondamentaux tels qu'ils ont été qualifiés par les juges internationaux est de deux sortes. Certains sont issus d'un traité international ou d'un traité international constitutif d'une organisation internationale (Charte des Nations Unies tels les principes de règlement pacifique des différends ou d'interdiction de recourir à la force armée, Statut de la CIJ tel le principe de l'autorité de la chose jugée). D'autres sont d'origine coutumière (le principe de l'assistance consulaire par ex. ou le principe de non recours à la force armée) sachant que la coutume en droit international public constitue une source importante même si beaucoup de règles coutumières ont déjà fait l'objet d'une codification et par voie de conséquence ont été transformées en règles conventionnelles. Il est arrivé que la Cour crée elle-même des principes généraux du droit mais aucun n'a encore bénéficié de la qualification visée sauf le principe d'après lequel les Etats parties à un différend doivent respecter les principes équitables en vue de parvenir à un accord de délimitation du plateau continental, CIJ, Plateau continental de la mer du Nord, 20/02/69, Danemark et Pays-Bas c. RFA ..

II- L'approche des principes fondamentaux par les fonctions

Les principes fondamentaux utilisés par la juridiction internationale peuvent avoir plusieurs fonctions. Les juges internationaux les utilisent pour interpréter une disposition ou le comportement d'un Etat. Le principe peut alors s'interposer entre d'autres règles en tant qu'élément d'un raisonnement juridique.

Apparaissant souvent sous la forme de concepts, ils fournissent aux juges les bases d'un régime juridique qui peut s'appliquer à de nombreuses situations concrètes, soit pour les réglementer, soit pour régler les difficultés qu'elles font naître par ex. le principe de l'égalité souveraine des Etats que l'on retrouve dans pratiquement toutes les décisions de la Cour.

Le Professeur Virally les compare à de véritables « passe-partout ». La CIJ les utilise pour fonder son argumentation juridique ou encore pour lui apporter un soutien. Ils peuvent servir d'articulation entre deux argumentations. Ainsi à partir du principe de souveraineté des Etats, la Cour est parvenue à tirer plusieurs conclusions. Elle a extrait de ce principe des conséquences logiques : un Etat ne saurait être engagé sans son consentement, CPJI, arrêt du 17/08/23, Wimbledon, France c. Allemagne ou encore la limitation de souveraineté ne se présume pas, CPJI, arrêt du 7/06/32, Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, France c. Suisse. Parfois, ils permettent de fournir des solutions à des situations nouvelles.

La Cour les emploie aussi pour poser une solution qui n'est pas prévue par un texte ou en cas de règle imprécise ou en cours de formation (la CIJ mettra en évidence un principe qu'elle qualifiera de fondamental pour accélérer la formation d'une règle qui est au moment de sa saisine de la soft law) tel le principe de la sauvegarde de l'environnement, Avis de la CIJ du

8/07/96, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Elle peut aussi les utiliser pour démontrer leur autonomie par rapport à des conventions internationales, contraignant de ce fait les Etats non signataires des conventions à les respecter tels les principes généraux de base du droit humanitaire, CIJ, arrêt du 27/06/86, Activité militaires et paramilitaires au Nicaragua, Nicaragua c. Etats-Unis.

Enfin, il n'est pas rare que la juridiction mette l'accent sur la qualification « fondamental » (ou autre) pour conférer à un principe une valeur supérieure aux autres. On a pu constater cette démarche s'agissant particulièrement des principes issus du droit humanitaire, du règlement pacifique des différends. La Cour affirme la valeur fondamentale de certains principes en les fondant sur des justifications de morale sociale, d'ordre public, afin d'expliquer la gravité de leur méconnaissance (par ex. les principes du droit humanitaire, du non recours à la force armée). A partir de ce constat, il était possible de se demander si la Cour ne recourait pas à cette expression lorsqu'elle faisait référence à des principes qui constituaient des règles impératives, des règles de jus cogens (au sens de l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). La Cour, en effet, est la seule autorité habilitée à reconnaître des règles du jus cogens. Elle a d'ailleurs isolé quelques principes du DIP qui constituent des règles impératives, elle les a qualifiés de principes fondamentaux afin de leur conférer une valeur supérieure aux autres. Ainsi le principe du respect du droit diplomatique, qualifié de fondamental, constitue une règle de jus cogens CIJ, ordonnance du 15/12/79 et arrêt du 24/05/80, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhhéran, Iran c. Etats-Unis. Il en est de même des principales règles du droit humanitaires applicables dans les conflits armés, Avis de la CIJ du 8/07/96 sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

Toutefois, l'utilisation par la Cour du qualificatif « fondamental » pour faire prévaloir une catégorie de principes supérieure à une autre n'est pas systématique. Si certains principes fondamentaux ont été considérés comme formant des règles de jus cogens, tous les principes fondamentaux du DIP ne constituent pas pour autant des règles impératives.

EQUIVALENTS FONCTIONNELS ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

La fonction essentiellement rhétorique jouée par l'expression « principe fondamental » conduit la Cour internationale de Justice à employer un vocabulaire varié. Elle peut se référer aux « principes bien connus et bien établis » ; elle peut également s'appuyer sur un principe « universellement admis devant les juridictions internationales et consacré dans maintes conventions ». Aussi, les juges, en définitive, utilisent-ils peu fréquemment des qualificatifs ou encore ils vont employer indifféremment les expressions de principe fondamental, essentiel, erga omnes, cardinal, de base, intransgressible ; ces derniers termes étant préférés lorsqu'ils s'agit d'impulser la création d'une règle. A titre d'exemple, le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été qualifié de « fondamental », de principe erga omnes et de principe « bien établi » (CIJ, arrêt du 30/06/95, Timor oriental, Portugal c. Australie). Les principes de base du droit humanitaire ont été qualifiés de principes intransgressibles du droit international coutumier.

L'expression « principe général » est à revanche clairement à distinguer des principes fondamentaux pour la CIJ. En effet, si l'expression « principe fondamental » constitue un instrument, interchangeable avec d'autres terminologies, la référence aux principes généraux renvoie à deux catégories de sources du droit international : d'une part les principes généraux reconnus par les nations civilisées et d'autre part les principes généraux du droit international. Toutefois les deux catégories permettent à la Cour internationale de justice de créer des normes et de les hisser au sein des sources du droit international (fonction de création et de prévalence-éviction).

– les principes généraux reconnus par les nations civilisées ne sont autres que des principes issus des droits internes que la CIJ étend à la communauté internationale en les intégrant aux règles de droit international. La référence à ces principes dans le statut de la CPII (repris par la CIJ) permettait tout simplement à la juridiction internationale à une époque où le droit international était encore très incomplet d'éviter le non liquet. Ce travail de transposition tend donc à se raréfier. Ce sont essentiellement des principes d'ordre procédural, des règles relatives à l'administration de la justice que l'on retrouve à l'échelon international. Quelques règles matérielles ont pu également être transposées dans l'ordre juridique international telle que la force majeure. Ils sont dorénavant appréhendés comme des éléments autonomes et supplétifs de formation du droit international public.

- Les principes généraux du droit international sont souvent des règles de droit d'une grande généralité, des règles abstraites mais souvent invoquées et appliquées dans l'ordre juridique international. Ces principes peuvent apparaître sous la forme d'une proposition normative mais la plupart du temps, ils apparaissent sous la forme d'un concept, c'est à dire d'une formule qui permet de condenser plusieurs normes juridiques (les principes de l'égalité des Etats, le principe de la légitime défense). Ils se rattachent obligatoirement à d'autres éléments autonomes de formation du droit international public.

PRINCIPES FONDAMENTAUX ET COUR EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME

I- Les éléments statistiques

A partir de l'interrogation « principe pre/5 fondament* » dans le champ Droit de la base Lamyline Cour européenne des droits de l'homme, nous avons obtenu 123 références de décisions de la Cour jusqu'au 31 décembre 2002. En complément, afin d'être exhaustif, nous avons procédé, après vérification terminologique, à une interrogation en langue anglaise (fundamental pre/5 principle) dans la mesure où un certain nombre d'arrêts n'existent que dans cette langue. Nous avons obtenu 11 références supplémentaires. A total, nous avons disposé de 134 décisions sur les 3315 arrêts rendus de 1960 au 31 décembre 2002 par la Cour européenne des droits de l'homme.

Quelques décisions ont dû être écartées. Dans 12 décisions, un principe fondamental est invoqué par une partie mais il n'est pas repris par la Cour. Dans deux arrêts rendus en 1991, l'expression « principe fondamental » apparaît certes mais a été employée par la Commission européenne des droits de l'homme et n'a pas été reprise par la Cour. Quant à l'arrêt Pretty du 29 avril 2002, il doit être exclu car hors champ, l'adjectif « fondamental » ne se rapportant pas au terme « principe » (référence au principe de justice fondamentale). En conséquence, 119 décisions ont été analysées.

Ces 119 arrêts représentent à peine plus de 3,58% des décisions rendues par la Cour sur la période d'observation

Année	Nombre de décisions rendues	Décisions pertinentes mentionnant l'expression	% de décisions avec l'expression
1960	1	1	100
1961	2	1	50
1962	1	0	0
1967	1	0	0
1968	3	0	0
1969	2	0	0
1970	2	0	0
1971	2	0	0
1972	2	0	0
1973	1	0	0
1974	1	0	0
1975	2	1	50
1976	6	0	0
1978	5	1	20
1979	5	1	20
1980	7	0	0
1981	7	0	0
1982	11	0	0
1983	15	2	13
1984	18	7	38
1985	11	0	0
1986	17	0	0
1987	32	0	0
1988	25	2	8
1989	25	0	0
1990	30	5	16.5
1991	72	2	2.50
1992	81	0	0
1993	59	2	3.40
1994	48	1	2
1995	86	2	2
1996	72	1	1.30
1997	106	7	6.60
1998	106	8	7.54
1999	180	21	11.66
2000	544	13	2.38
2001	885	16	1.80
2002	842	25	2.96

Quelques précisions concernant le tableau

- L'augmentation constante du nombre d'arrêts rendus par la Cour européenne est évidente. Elle est due à l'accroissement du nombre d'Etats parties à la Convention et bien sûr, à compter du 1^{er} novembre 1998, à l'entrée en vigueur du protocole 11 qui réforme le mécanisme de contrôle de la Convention européenne⁴³²

- Eu égard au faible nombre d'arrêts rendus ainsi que d'arrêts mentionnant l'expression «principe fondamental», il n'a pas été jugé utile de calculer systématiquement les pourcentages. Pour les six dernières années de l'étude, on peut toutefois les produire : pour 1997, 6,60% des arrêts mentionnent l'expression ; en 1998, 7,54% ; en 1999, 11,66%, en 2000, 2,38% ; en 2001, 1,80% et en 2002, 2,96%.

- Un recours à l'expression plus fréquent peut être constaté en 1999. Cette augmentation s'explique par une série de 18 arrêts (dont 14 décisions construites de façon identique et mettant en cause la Turquie) dans laquelle la Cour reprend la même référence aux « principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 10 ».

On peut ici conclure, d'une part, que l'utilisation de l'expression par la Cour européenne des droits de l'homme est très limitée et, d'autre part, qu'aucune recrudescence dans l'emploi de l'expression ne peut être constatée.

⁴³² F. Sudre *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole 11 additionnel à la Convention*. J.C.P. 1995. I. 3849.

II- Le contenu des principes fondamentaux

Enoncés	Nombre de décisions
La Cour rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence*	46
Le principe fondamental de la prééminence du droit (ou la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique)	26
Les principes fondamentaux de l'article 6 de la Convention : <ul style="list-style-type: none"> - La publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6§1 - La garantie d'un procès équitable (et public) figure parmi les PF de toute société démocratique au sens de la convention (formulations variées)** - Le principe fondamental du contradictoire (formulations variées) - Le droit à un tribunal - Le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 §1 (droit d'accès à un tribunal) - Les principes fondamentaux qui sous-tendent l'article 6 - Les principes fondamentaux d'un procès équitable inhérents à l'article 6 - Le principe fondamental de l'impartialité du juge - La présomption d'innocence est l'un des principes fondamentaux de l'Etat démocratique 	14 5 5 1 4 1 1 1 1
Le principe fondamental (selon lequel) le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause	5
Le principe fondamental de l'indépendance du barreau	4
Les principes démocratiques fondamentaux et les principes fondamentaux de la démocratie	3
Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus	1
Les principes fondamentaux de la convention	1
Le principe fondamental de l'article 3 (protocole n°1)	1
Le principe fondamental de la séparation des pouvoirs	1

* Il peut s'agir de sa jurisprudence relative à l'article 10 (39 décisions), à l'article 6§1 (un arrêt), à l'article 5 §3 (3 arrêts), à l'article 7 (2 décisions) ou enfin de sa jurisprudence relative à l'interprétation et à l'application du droit interne (les deux décisions précédentes plus une).

** Deux arrêts *Riepan v Austria* du 14 novembre 2000 et *Bakova v. Slovakia* du 12 novembre 2002 consacrent deux principes fondamentaux : la publicité des débats judiciaires et la garantie du procès équitable.

Dans les premières années, les hypothèses dans lesquelles la Cour européenne utilisait l'expression « principe fondamental » étaient plus diversifiées. Au fil des années, les termes

en question apparaissent dans des contextes souvent identiques. L'utilisation de ces termes semble ainsi s'être cristallisée.

La Cour utilise la référence aux principes fondamentaux soit pour viser des familles de règles soit pour affirmer une règle identifiée.

A- L'énoncé renvoie à une famille de règles

Deux familles de principes fondamentaux peuvent être identifiées et sont toujours utilisées par la Cour européenne (les principes fondamentaux qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour et les principes démocratiques fondamentaux) tandis que deux références à des familles de règles ont disparu des motifs de la juridiction européenne (les principes fondamentaux de la convention et les « principes fondamentaux de droit universellement reconnus »).

- Les principes fondamentaux qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour :

Le tableau montre que les termes de principe fondamental sont le plus souvent utilisés par la CEDH en référence à sa propre jurisprudence. Dans ces arrêts, l'expression introduit le raisonnement théorique de la cour. Le raisonnement, construit à partir des règles qu'elle a dégagé dans de précédents arrêts, sera ensuite utilisé pour résoudre le litige. Ainsi dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 novembre 1991, la Cour présente t-elle sa jurisprudence de la manière suivante :

« La controverse se concentre sur le point de savoir si l'immixtion incriminée pouvait passer pour « nécessaire dans une société démocratique ». En la matière, les arrêts de la Cour relatifs à l'article 10 énoncent les principes fondamentaux suivants:

a) La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique

b) Ces principes revêtent une importance particulière pour la presse :

c) L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ».

d) La Cour a pour tâche (...) de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. »

- Les principes démocratiques fondamentaux ou les principes fondamentaux de la démocratie :

Les deux expressions sont ici présentées puisque dans les trois arrêts concernés, la Cour les emploie alternativement et, semble t-il, ne leur donne pas un sens distinct. Dans les trois affaires, la Cour devait apprécier les mesures d'ingérence adoptées par un Etat dans le cadre de la liberté d'association appliquée à un parti politique (article 11). Elle a, à cette occasion,

précisé quelques qualités que l'Etat démocratique doit revêtir : préservation du pluralisme, non discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques.

- Les principes fondamentaux de la Convention et les principes fondamentaux de droit universellement reconnus

La référence aux principes fondamentaux de la Convention (1961) ou aux principes fondamentaux de droit universellement reconnus (1975) a complètement disparu au profit d'un renvoi au principe fondamental de la prééminence du droit.

B- L'énoncé renvoie à une règle identifiée

La Cour se réfère soit au principe de la prééminence du droit, soit au principe selon lequel le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause, soit encore à une règle de la convention qu'elle qualifie de principe fondamental.

- Le principe fondamental de la prééminence du droit :

Le principe de la prééminence du droit est présenté comme un principe fondamental pour la première fois dans l'arrêt en 1978 dans l'arrêt *Klass*. Cependant la lecture de l'arrêt *Golder* (1975) enseigne qu'il est déjà, dans cette décision, la clé de la motivation même s'il n'apparaît pas comme un principe fondamental (§34 et 35). De la prééminence du droit, la Cour déduit que l'article 6 de la convention contient un droit d'accès au juge (droit qui n'est pas proclamé « en termes exprès » §28). En 1975, elle affirme toutefois ce droit au nom des « principes fondamentaux de droit universellement reconnus ».

Les arrêts postérieurs qui reconnaîtront ce droit d'accès au juge (*Fayed*, *Mc Elhinney*...) se fonderont sur le principe de la prééminence du droit et non plus sur les « principes fondamentaux de droit universellement reconnus ».

Ajoutons concernant le principe de la prééminence du droit qu'il apparaît dans nombres d'arrêts sans la qualification de principe fondamental (*Malone* en 1984, *Silver* en 1983...)

Le principe a donc d'abord été affirmé concernant l'article 6 (arrêts *Klass* et *Sunday Times*), cet article étant même présenté comme consacrant le principe fondamental de la prééminence du droit (*Salabiaku* en 1988, *Worms* en 1997...). Puis la Cour va affirmer qu'il innerve l'ensemble de la Convention (*Brogan*) et interprétera tous les renvois de la Convention à la légalité « au regard des impératifs du principe fondamental de la prééminence du droit » (Arrêts *Kruslin* et *Huvig*). L'exigence conventionnelle de la légalité des mesures étatiques est pour la Cour un moyen d'assurer la prééminence du droit (art.5 §3 dans les affaires *Brogan*,

Sakik et autres, Altay, Gunay...art.8 §2 dans Klass, Huvig et Kruslin, Lambert, Église métropolitaine de Bessarabie et autres...art.1 protocole 1 dans ex-roi de Grèce et autres, Katsaros, Zvolsky et Zvolska...).

La référence au principe fondamental de prééminence du droit va permettre à la Cour de dégager des exigences présentées comme sous-jacentes aux termes de la Convention. Au nombre de ces exigences, on peut mentionner :

- le droit d'accès à un tribunal (Golder, Osman, ...)
 - l'exigence d'une « loi » qui réponde à des critères qualitatifs (Malone, Kruslin et Huvig, Ex-Roi de Grèce et autres, Eglise métropolitaine de Bessarabie, Katsaros...)
 - le contrôle judiciaire des atteintes portées par l'exécutif (Brogan, Brannigan et Mac Bride, Sakik et autres, Dikme...)
- le devoir de l'Etat ou des autorités publiques de se soumettre à un jugement ou un arrêt (Iatridis, Antonakopoulou, Georgiadis, Carbonara et Ventura, Belvedere Alberghiera S.r.l....)
- L'exigence une fois posée, la référence au principe fondamental de prééminence du droit disparaît parfois dans les arrêts postérieurs. Il en est ainsi, par exemple, pour le droit d'accès à un tribunal.

- Le principe selon lequel le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause

Est ici érigé en principe fondamental par la Cour une règle générale d'appréciation qu'elle a elle-même fixée : celle de l'appréciation *in concreto* de la durée de la procédure s'agissant de la durée raisonnable du procès. A l'évidence tous les arrêts qui consacrent cette règle ne la qualifient pas de principe fondamental.

- Les principes fondamentaux issus de garanties conventionnelles

La Cour qualifie enfin de principes fondamentaux des règles posées par le texte même de la Convention. Ainsi le principe fondamental de publicité des débats judiciaires, d'impartialité des magistrats...auxquels la juridiction ajoute, le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge (Fayed, Al-Adsani, Fogarty...). A ce jour, un seul n'est pas issu de l'article 6 §1, le principe fondamental de « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » affirmé par l'article 3 du protocole 1 (affaire Podzkolzina).

- Le principe fondamental de la séparation des pouvoirs

Le principe n'est présenté ainsi qu'une seule fois dans un arrêt en langue anglaise (Benjamin et Wilson contre Royaume Uni du 26 septembre 2002). Élément clé des structures nationales, il n'apparaît pas consacré par la Convention européenne.

III- L'origine des principes fondamentaux

Aucun principe fondamental n'est posé comme tel par la Convention et les protocoles additionnels. A l'évidence, pourtant, **la Cour s'efforce de donner un support textuel aux principes fondamentaux qu'elle consacre.**

L'article 6 de la convention, nous l'avons dit, a beaucoup inspiré la Cour. S'agissant de la référence aux principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence, la juridiction strasbourgeoise se fonde sur les textes concernés (notamment l'article 10) pour réaliser ladite construction. Mais l'illustration la plus significative de cet effort est sans doute le raisonnement élaboré pour consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit dans l'arrêt Golder.

La Cour européenne des droits de l'homme souligne que la prééminence du droit figure dans le préambule de la Convention (les Etats attachés à la prééminence du droit, sont résolus d'adopter une garantie collective des droits) ainsi que dans le statut du Conseil de l'Europe (préambule et art.3). De cet attachement, la Cour déduit la volonté des Etats d'assurer la prééminence du droit et pose que « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux ». Après avoir étayé le principe, la juridiction va donc interpréter la Convention au regard de ce principe.

La Cour européenne réalise un raisonnement assez proche pour affirmer l'existence de principes démocratiques fondamentaux à partir de l'attachement exprimé par les Etats parties à la forme démocratique de l'Etat.

Seul « le principe fondamental de l'indépendance des barreaux » semble une affirmation purement jurisprudentielle.

IV- les fonctions des principes fondamentaux

La Cour européenne des droits de l'homme utilise l'expression principes fondamentaux tant pour étendre les textes et combler les lacunes de la convention que pour faire prévaloir certaines normes jugées plus essentielles. Toutefois la fonction d'extension des textes et de comblement des lacunes semble plus fréquente eut égard « au dynamisme interprétatif » de la Cour. Quant au recours rhétorique à l'expression « principes fondamentaux », il peut parfois préparer une fonction plus dynamique du principe ainsi dénommé.

A- Une fonction d'extension et de comblement des lacunes

C'est par excellence la fonction attribuée au principe de la prééminence du droit. La référence au principe fondamental de prééminence du droit permet à la Cour de poser des exigences présentées comme sous-jacentes aux termes de la Convention et nous avons déjà noté parmi ces exigences : le droit d'accès à un tribunal, l'exigence d'une « loi » qui réponde à des critères qualitatifs, le contrôle judiciaire des atteintes portées par l'exécutif, le devoir de l'Etat ou des autorités publiques de se soumettre à un jugement ou un arrêt.

Le principe fondamental selon lequel le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause comble une lacune de la Convention. Le texte conventionnel ne précise pas les critères qui permettent d'apprécier le raisonnable. Le principe fondamental contient la règle d'appréciation qui guidera la Cour européenne.

B- Une fonction de prévalence

Il est des principes fondamentaux que la Cour entend protéger : ce sont les principes démocratiques fondamentaux ou les principes fondamentaux démocratiques. Jugeant de l'ingérence d'un Etat dans le cadre de la liberté d'association appliquée à un parti politique (article 11), la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur l'idée qu'il « n'est pas de démocratie sans pluralisme » et que la démocratie est un élément fondamental de l'ordre public européen pour refuser de censurer des interventions étatiques à l'égard de partis prônant des idées contraires aux principes fondamentaux de la démocratie (arrêt Refah Partisi (parti de la prospérité) du 31 juillet 2001). Dans les deux autres affaires (Arrêt Yazar, Karatas et Aksoy et arrêt Dicle), les solutions proposées n'ont pas été jugées contraires aux principes fondamentaux de la démocratie.

On retrouve l'idée d'un principe qui ne saurait subir d'altération lorsque la cour se réfère au principe fondamental de l'indépendance des barreaux. L'Etat doit aménager la procédure pour permettre la défense des causes mais en respectant ledit principe fondamental.

La Cour semble parfois utiliser cette fonction de prévalence lorsqu'elle qualifie l'une des règles posées par l'article 6 §1, de principe fondamental (ainsi la publicité des débats, le principe du contradictoire, l'impartialité du juge...). Cela lui permet en effet de justifier une appréciation restrictive des exceptions au dit principe (arrêt Guisset du 26 septembre 2000 par exemple). Pourtant ces mêmes principes semblent, dans certains arrêts, n'être utilisés qu'à des fins rhétoriques.

C- Une fonction rhétorique

La Cour européenne des droits de l'homme reprend ici une exigence conventionnelle qu'elle qualifie de principe fondamental sans que cela paraisse indispensable au raisonnement conduit puisque le résultat aurait fort bien pu être atteint par la simple référence à la règle. Ainsi dans l'affaire Lavents contre Lettonie du 28 novembre 2002, la Cour conclut « *Mme Steinerte suggéra aux accusés de prouver au tribunal qu'ils n'étaient pas coupables. Vu sa nature générale, une telle indication va à l'encontre du principe même de présomption d'innocence, l'un des principes fondamentaux de l'Etat démocratique* ». Rien toutefois ne permet d'assurer que la Cour européenne ne reprendra pas dans l'avenir une telle affirmation pour construire les principes démocratiques fondamentaux.

De même à deux reprises (Affaire Van der Musselle et affaire Goddi), le principe fondamental de l'indépendance des barreaux sera affirmé de façon incidente. Postérieurement, il semble que la Cour fera jouer un rôle plus actif à ce principe.

Nous terminerons en évoquant « les principes fondamentaux qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour ». Le rôle de l'expression semble ici, plus que rhétorique, didactique. La Cour européenne tente d'assurer la lisibilité de sa jurisprudence, elle opère donc elle-même une synthèse des règles essentielles qui la guident.

EQUIVALENTS FONCTIONNELS ET COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

La plupart des interrogations ont été réalisées avec l'outil Lamyline, base **Cour européenne des droits de l'homme**, champ **En droit**. Quelques interrogations complémentaires ont été réalisées à partir de la base Hudoc du site de la Cour européenne des droits de l'homme (echr.coe.int).

I- Résultats chiffrés des interrogations

Résultats de quelques interrogations générales :

1. principe* : 1834 décisions
2. principe pre/3 ou pre/5 essentiel : 7 décisions
3. principe* généra* : 432 décisions
4. principe* pre/3 ou pre/5 généra* : 470 décisions
5. principe* pre/5 supérieur* : 0 décision
6. règle fondamentale : 3 décisions

Résultats de quelques interrogations sur des principes apparus comme fondamentaux pour la CEDH :

1. principe pre/5 prééminence du droit : 45 décisions
2. principe s/5 prééminence du droit : 63 décisions
3. principe pre/5 publicité : 13 décisions
4. principe s/5 publicité : 21 décisions
5. principe pre/5 contradictoire : 27 décisions
6. principe s/5 contradictoire : 47 décisions
7. principe* pre/5 procès équitable : 15 décisions
8. principe* s/5 procès équitable : 26 décisions
9. principe pre/5 impartialité : 5 décisions
10. principe s/5 impartialité : 8 décisions
11. principe pre/5 présomption d'innocence : 21 décisions (idem s/5)
12. principe s/5 démocrati* : 78 décisions

13. principe s/5 raisonnable s/5 durée : 791 décisions

14. principe s/5 indépendance du barreau : 3 décisions.

Résultats d'interrogations croisées entre « principe général » et des principes fondamentaux pour la Cour européenne des droits de l'homme :

1. principe pre/3 généra* pre/5 prééminence du droit : 0 décision
2. principe pre/3 généra* pre/5 publicité : 0 décision
3. principe pre/3 généra* pre/5 contradictoire : 0 décision
4. principe pre/3 généra* pre/5 procès équitable : 2 décisions
5. principe pre/3 généra* pre/5 impartialité : 3 décisions
6. principe pre/3 généra* pre/5 présomption d'innocence : 1 décision
7. principe pre/3 généra* pre/5 démocrati* : 3 décisions
8. principe pre/3 généra* pre/5 durée : 0 décision (idem avec raisonnable)

II- Analyse des résultats des interrogations générales :

1. Principe*

Le nombre important de décisions résulte de l'utilisation extrêmement diversifiée du mot « principe(s) » par la Cour : en principe, le principe de, il est de principe...

2. Principe pre/5 essentiel : Analyse exhaustive (voir tableau joint)

Sur les 7 décisions, l'une est postérieure au 31 décembre 2002 et est donc écartée (à noter que son examen ne fait apparaître ni principe ni essentiel).

L'examen des 6 décisions restantes est très décevant. Dans 4 arrêts, le principe essentiel est invoqué par le requérant ou le Gouvernement mais n'est pas repris par la Cour.

Dans les 2 arrêts restant, la Cour consacre un principe essentiel qui n'apparaissait pas comme un principe fondamental : le caractère confidentiel des informations concernant la santé. Le principe est consacré en 1997 et est repris, dans un autre arrêt, la même année (le paragraphe du 1^{er} arrêt est intégralement repris). Dans le premier arrêt (*Z* contre Finlande du 25 février 1997), la Cour déduit du principe essentiel du respect du caractère confidentiel des informations sur la santé, l'exigence que les mesures prises par un Etat pour contraindre à la révélation sans le consentement de l'intéressé doivent être examinées de façon rigoureuse. On peut donc dire que la Cour déduit de ce principe, une interprétation stricte des exceptions.

Cela fait de ce principe essentiel un équivalent fonctionnel du principe fondamental. Cela dit, le deuxième arrêt reprend le principe essentiel mais n'argumente pas sur la nécessité d'un examen rigoureux des exceptions.

Il est tout à fait clair que, **pour la CEDH, l'expression principe essentiel n'a constitué qu'une seule fois un équivalent fonctionnel de principe fondamental.**

3 et 4. Principe pre/5 ou pre/3 généra :

A partir de cette interrogation, une première analyse par sondage a été réalisée. Le résultat du sondage a permis de poser l'hypothèse suivante quant à l'utilisation de l'expression « principe général » ou « principes généraux » :

L'expression semble surtout utilisée par la Cour pour désigner les principes généraux du droit international notamment car le texte conventionnel renvoie à eux. Dans une moindre mesure, la Cour mentionne les principes généraux qu'elle met en œuvre pour raisonner. Enfin le sondage faisait apparaître des utilisations plus marginales de l'expression « principe général » qui pouvait laisser penser qu'il s'agissait effectivement d'un équivalent fonctionnel. Ainsi à deux reprises, dans les arrêts Pakelli du 25 avril 1983 et Salabiaku du 7 octobre 1988, la Cour faisait référence à un principe général du procès équitable.

Une étude a donc été conduite, sur les 447 arrêts aux fins de vérifier ces premières données et surtout déterminer si le « principe général » est un équivalent fonctionnel de l'expression « principe fondamental ».

De cette étude, il résulte que, **l'expression « principe général » n'est pas un équivalent fonctionnel du « principe fondamental » pour la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois l'expression « principe généralement reconnu » ou « principe de droit généralement reconnu » constitue un équivalent fonctionnel** . Les développements détaillés suivants prouveront ces affirmations.

Dans 333 arrêts sur 447, l'expression « principe général » se situe dans une référence à une source du droit international qu'il s'agisse des principes du droit international généralement reconnus, des principes généraux du droit international ou des principes généraux reconnus par les nations civilisées. La référence si fréquente à de telles sources résulte de la mention d'un article de la convention mentionnant les dits principes généraux. Les arrêts les plus nombreux mentionnent les principes du droit international généralement reconnus figurant dans l'ancien article 26 (actuel article 35) de la Convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui a trait aux conditions de recevabilité de la requête. On trouve ensuite des arrêts qui mentionnent les principes généraux reconnus par les nations civilisées auxquels fait référence l'article 7 alinéa 2 de la convention, ainsi que les principes généraux du droit international auxquels renvoie l'article 1 du protocole 1. A l'évidence, les expressions renvoient à des catégories juridiques non définies par la Cour européenne et ne sont pas des équivalents fonctionnels des principes fondamentaux.

Ajoutons qui plus est que la Cour emploie également des expressions telles que « principes du droit international » ou « principes impératifs du droit international » qui montrent son adhésion au vocabulaire du droit international et qu'elle s'inscrit dans le champ des contentieux régis par le droit international ainsi qu'elle l'a exprimé dans l'affaire Loizidou du 28 juillet 1998 « *La Cour rappelle le principe général voulant que les Etats supportent eux-même leurs frais dans les procédures contentieuses devant les tribunaux internationaux (voir par exemple, l'article 64 du statut de la Cour internationale de justice et l'avis consultatif de cette Cour sur « la demande en révision du jugement n°158 du tribunal administratif des Nations Unies », ... » (§48).*

Cet attachement au vocabulaire du droit international expliquant, sans doute, que l'expression « principe général » n'ait pas été adoptée par la Cour pour construire un champ spécifique de principes issus de la Convention.

Dans 63 arrêts, l'expression « principes généraux » introduit un paragraphe dans lequel la Cour procède à un rappel de sa jurisprudence et/ou expose l'articulation des dispositions d'un article. Il est à noter que dans nombre de décisions, la Cour précise ensuite qu'elle « rappelle les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à ... » (voir par exemple arrêt Fuentes Bobo contre Espagne du 29 février 2000. §43). Le plus souvent, il s'agit de la jurisprudence sous l'article 6 qui connaît des développements jurisprudentiels importants et sous les articles 8, 9, 10 ou 11 qui exposent une principe dans le premier paragraphe et une restriction dans le second. La technique est néanmoins parfois utilisée par la Cour pour rappeler son interprétation s'agissant de dispositions moins fréquemment invoqués tels les articles 2, 3, 4 §1 et 7. Dans cette hypothèse également, l'expression « principes généraux », quoique souvent reprise quelques lignes plus loin sous les termes « principes fondamentaux », ne constitue pas un équivalent fonctionnel de la notion. La Cour retrace simplement les grandes lignes de sa jurisprudence.

Dans 14 décisions, la Cour fait référence aux « principes généraux énoncés par la Convention ou impliqués par elles ». Cette expression semble constituer une économie de motivation qui permet à la juridiction européenne de ne pas citer tous les articles et les arrêts pertinents dans un cas semblable. Ex : affaire Conka du 5 février 2002 « le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile afin de les arrêter puis de les expulser n'est pas à l'abri de critiques au regard des principes généraux énoncés par la Convention ou impliqués par elle. » La Cour développe ensuite les articles concernés. Instrument d'une généralisation, l'expression n'est pas ici un équivalent fonctionnel des principes fondamentaux.

Une ultime série de décisions utilise l'expression « principe général » au sein de laquelle on peut placer les deux arrêts Pakelli et Salabiaku qui posent « le principe général du procès équitable ». Il s'agit d'arrêts dans lesquels la Cour fait apparaître que des principes sont plus généraux par comparaison avec des principes plus spécifiques. L'expression de cette organisation des contenus est parfois tout à fait explicite ainsi dans l'arrêt Etcheveste du 23 mars 2002, la Cour affirme que « *l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires mais il consacre aussi, le principe plus général d'une bonne administration de la Justice* » (§91). Cette même structure, quoique moins évidente, explique la référence au principe général du procès équitable dans les arrêts Pakelli et Salabiaku. Affaire Pakelli contre R.F.A. du 25 avril 1983 « *la Cour rappelle que les dispositions de l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) revêtent le caractère d'applications particulières du principe général du procès équitable, énoncé au paragraphe 1 (art. 6-1)* » (§42). Affaire Salabiaku contre France du 7 octobre 1988 « *La Cour n'aperçoit donc aucun motif de s'écarter, au nom du principe général du procès équitable, de la conclusion à laquelle elle arrive en se plaçant sur le terrain spécifique de la présomption d'innocence.* » (§31). La Cour européenne organise ainsi la lecture des dispositions de la Convention en indiquant les dispositions les plus larges et les dispositions plus spécifiques qui développent ces dernières. Cette utilisation de l'expression n'est donc pas un équivalent fonctionnel de l'expression « principe fondamental » .

La seule expression qui constitue un équivalent fonctionnel est celle de « principe généralement reconnu ». Utilisée dans deux arrêts (arrêt Brualla Gomez de la Torre du 19 décembre 1997 et arrêt A.L.M. contre Italie du 28 juillet 1999) la démonstration d'un principe généralement reconnu par référence à la législation d'autres Etats européens permettrait de

dégager une règle en l'absence de texte interne. Le principe généralement reconnu serait donc utilisé pour combler une lacune.

Dans l'affaire *Brualla Gomez de la Torre* du 19 décembre 1997, la Cour européenne va admettre que le pourvoi formé par la requérante devant le tribunal suprême ait été déclaré irrecevable suite à la modification des règles concernant la recevabilité des pourvois au motif que « *la solution adoptée en l'espèce par les juridictions espagnoles s'inspire d'un principe généralement reconnu selon lequel, sauf disposition expresse en sens contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours* » (§35).

Dans l'arrêt *A.L.M. contre Italie* du 28 juillet 1999, la Cour va rejeter la règle invoquée par le Gouvernement selon laquelle il y a suspension des délais de procédure pendant les vacances judiciaires au motif que « *le Gouvernement n'a pas démontré l'existence d'un principe de droit généralement reconnu, inhérent à l'ancien article 32 de la Convention, en vertu duquel les délais de procédure seraient suspendus pendant les vacances judiciaires* » (§19).

5. Principe* pre/5 supérieur*.

La Cour européenne des droits de l'homme **n'utilise pas l'expression.**

6. Règle fondamentale

Dans les deux arrêts pertinents, la Cour note que, dans l'Etat concerné, la règle fondamentale du droit pénal est que la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux. L'expression ne remplit ici pas l'une des fonctions dégagées.

7. Au cours des investigations, il est apparu qu'une expression à laquelle nous n'avions pas songé pouvait constituer un équivalent fonctionnel. La Cour indique en effet, parfois que l'article invoqué se place « parmi les articles primordiaux de la Convention », qu'il consacre « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de L'Europe ». La juridiction européenne déduit de cette affirmation que les exceptions ou atteintes à ce droit doivent s'interpréter strictement. La Cour n'a consacré la prévalence que de quelques articles (les indérogeables articles 2, 3, 4 §1 et 7). Voir par exemple les arrêts *Andronicou et Constantinou* du 9 octobre 1997, *Pretty contre Royaume-Uni* du 29 avril 2002 et *Abdurrahman Orak contre Turquie* du 14 février 2002 (§66 « *l'article 2, qui garantit le droit à la vie et définit les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la*

mort, se place parmi les articles primordiaux de la Convention et ne souffre aucune dérogation. Avec l'article 3, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. Les circonstances dans lesquelles il peut être légitime d'infliger la mort doivent dès lors s'interpréter strictement. »)

III. Analyse des résultats obtenus sur des principes mentionnés comme fondamentaux par la CEDH :

Il résulte que seul le principe de l'indépendance des barreaux (ou du barreau) apparaisse toujours comme fondamental. Les 3 arrêts cités ici sont déjà listés dans les principes fondamentaux.

Tous les autres principes mentionnés au moins une fois comme des principes fondamentaux dans l'étude précédente, semblent également apparaître sous d'autres formes.

Une série de résultats a fait l'objet d'un examen quelque peu approfondi : l'interrogation sur « principe pre/3 prééminence du droit » (cette interrogation ne fait apparaître qu'une partie des arrêts sur la prééminence du droit en englobant les expressions « principe fondamental de la prééminence du droit » ou « principe de la prééminence du droit » mais pas les formulations « la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique »). Les 45 arrêts concernés ont été examinés. 6 arrêts font référence au principe fondamental de la prééminence du droit et 37 mentionnent le principe de la prééminence du droit (Dans 2 arrêts, l'expression figure dans l'argumentation d'une partie). Il apparaît clairement que la formule employée par l'arrêt résulte directement de la formule de l'arrêt dont il s'inspire. Ainsi les arrêts qui font référence à l'arrêt Golder, par exemple, mentionnent le principe de la prééminence du droit alors que les arrêts qui se reprennent la jurisprudence développée dans l'arrêt Sunday Times parle du principe fondamental de la prééminence du droit. L'examen de ces arrêts fait également apparaître une autre tendance ; depuis mai 2000, l'interrogation ne fait plus apparaître l'expression « principe *fondamental* de la prééminence du droit », l'adjectif a largement disparu. Est-ce parce qu'il n'est plus besoin de l'asseoir ?

D'autres interrogations complémentaires ont été réalisées pour vérifier la façon dont la Cour présente des principes qualifiés ailleurs de fondamentaux.

Nous avons procédé à une interrogation sur la forme « principe de la publicité » et nous avons constaté qu'elle apparaît (arrêt Tierce et autres contre San Marin du 25 juillet 2000 §93 et §95).

De même, nous avons interrogé la base hudoc sur « présomption d'innocence ». L'examen des occurrences nous a permis de constater que ce « principe fondamental » peut apparaître seul accompagné d'aucun qualificatif, ni d'aucun substantif (la présomption d'innocence dans les arrêts Englert contre Allemagne du 25 août 1987, Deweer contre Belgique du 27 février 1980), peut être visé comme une règle (la règle de la présomption d'innocence dans l'arrêt Bernard contre France du 23 avril 1998), être présenté comme un droit (droit à la présomption d'innocence dans l'affaire Janosevic contre Suède du 23 juillet 2002) ou figurer comme un principe (le principe de la présomption d'innocence dans les arrêts Janosevic contre Suède du 23 juillet 2002, Barbera, Messegué et Jabardo contre Espagne du 6 décembre 1988 ou encore Funke contre France du 25 février 1993).

Pour percevoir si, néanmoins, la forme « principe général d'impartialité » ou « principe général de prééminence du droit » ... existe nous avons réalisé des interrogations croisées.

IV. Analyse des résultats obtenus par les interrogations croisées entre « principe général » et les principes posés comme fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme

Les interrogations avaient pour objectif de vérifier si la formule « principe général » se trouve parfois, voire souvent, substituée à l'expression « principe fondamental » dès lors que les interrogations sur des principes précis posés par la Cour européenne des droits de l'homme ont. Pour certains principes, les simples résultats chiffrés parlent d'eux-mêmes : les principes de la prééminence du droit, de la publicité, du contradictoire et de la durée raisonnable du procès ne sont pas présentés comme généraux. Ils apparaissent comme des principes fondamentaux ou, on peut le supposer, comme des principes.

Pour les autres principes apparus comme fondamentaux (procès équitable, impartialité, présomption d'innocence, démocratie), l'association avec les termes « principe » et « général » donnait des résultats très faibles. Toutefois dans la mesure où la première étude a

montré que leur présentation comme principe fondamental était peu fréquente, l'analyse de tous les arrêts a été réalisée (tableaux joints).

Il en résulte que seul a été consacré comme un principe général le procès équitable (2 références obtenues) dont on a vu que l'utilisation était différente. même si l'on voit dans l'arrêt Deweer, sur la présomption d'innocence, qu'il peut apparaître de façon plus subtile, il n'est pas, de façon habituelle, présenté comme un principe général.

Concernant les autres garanties, aucune n'est présentée sous forme de principe général.

Conclusion

La conclusion qui se dégage est que ni l'expression de principe essentiel, ni l'expression de principe général ne sont des équivalents de la notion de principe fondamental. Le principe général restant très majoritairement pour la Cour une expression relevant des catégories du droit international. Ceci pouvant expliquer qu'elle n'ait procédé à aucune construction de catégorie propre autour de l'expression.

En revanche, les principes fondamentaux semblent souvent présentés simplement comme des principes, voire comme des règles ou encore des droits.

PRINCIPES FONDAMENTAUX ET COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

I- LES ÉLÉMENTS STATISTIQUES

Au Total, **457 décisions** sont sorties de l'interrogation.

42 décisions ne sont pas pertinentes car l'on ne retrouve pas les termes de PF (sur ces 42 décisions, on retrouve dans un nombre significatif de décisions l'expression : « selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »).

Dans 70 décisions, des PF ont été invoqués dans la procédure antérieure (il peut s'agir d'un des requérants, de la décision attaquée du TPI, d'un des intervenants à l'instance – Commission, Etat membre).

Dans 40 décisions, les PF sont invoqués et repris par la CJCE mais sans la qualification de fondamentale. Si la CJCE ne qualifie pas de principe fondamental, les principes invoqués elle peut les reprendre avec une autre qualification (simplement principe ou principe général). Certains de ces principes peuvent d'ailleurs avoir été qualifiés de fondamental dans d'autres décisions (principe d'égalité, de confiance légitime, de sécurité juridique ...)

Dans 6 décisions, le principe fondamental est la reprise d'un texte.

Nous avons écarté ces décisions de l'analyse qui a ainsi porté sur un total de **299 décisions**

L'évolution de l'utilisation des PF dans le temps

Année	Nombre de décisions rendues	Décisions pertinentes mentionnant l'expression	Proportion de décisions avec PF
1957	4	1	25%
1958	10	0	0%
1959	13	1	7.7%
1960	18	1	5.5%
1961	11	0	0%
1962	20	1	5%
1963	17	0	0%
1964	31	0	0%
1965	52	0	0%
1966	24	0	0%
1967	24	0	0%
1968	27	3	11.1%
1969	30	1	3.3%
1970	64	0	0%
1971	60	0	0%
1972	61	1	1.6%
1973	80	2	2.5%
1974	63	7	11.1%
1975	78	4	5.1%
1976	88	8	9.1%
1977	100	5	5%
1978	97	9	9.2%
1979	138	5	3.6%
1980	132	8	6%
1981	128	8	6.2%
1982	185	2	1.1%
1983	151	10	6.6%
1984	165	4	2.4%
1985	211	8	3.8%
1986	174	15	8.6%
1987	208	5	2.4%
1988	238	8	3.3%
1989	188	10	5.3%
1990	193	11	5.6%
1991	204	15	7.3%
1992	210	12	5.7%
1993	203	4	1.9%
1994	188	10	5.3%
1995	172	6	3.4%
1996	193	13	6.7%
1997	242	24	9.9%
1998	254	14	5.5%
1999	235	11	4.6%
2000	273	22	8%
2001	244	15	6.1%
2002		21	

II- LES ENONCES

Enoncé des Principes Fondamentaux	Nombre de décisions de la CJCE
<ul style="list-style-type: none"> - Les PF du Traité - Les PF du marché commun - Les PF de l'ordre (ou du système) juridique communautaire - Les PF du droit communautaire 	<p>6 3 2 7</p> <p>Total : 18</p>
- Le principe général d'égalité fait partie (appartient, est l'un) des PF du droit communautaire	34
- Le PF de non discrimination fiscale	2
- L'article 95 met en œuvre un PF du marché commun	1
Le principe de non discrimination reconnu comme un PF du droit communautaire	1
Un PF du droit communautaire celui de non discrimination	1
Le principe de non-discrimination constitue un PF	1
Le principe de non discrimination entre producteurs ou consommateurs, un des PF du traité	1
<ul style="list-style-type: none"> - L'importance fondamentale du principe de l'égalité de traitement (entre hommes et femmes) - Le PF d'égalité de traitement entre hommes et femmes - Le PF énoncé à l'article 119 (égalité des rémunérations) - Un PF du droit communautaire tel que celui de l'égalité de traitement 	<p>8 1 1 6</p> <p>Total : 16</p>
<ul style="list-style-type: none"> - Le PF de la libre circulation des marchandises - Un des PF du marché commun (ou de la communauté), celui de la libre circulation des marchandises - La libre circulation des marchandises constitue un des PF du traité - L'élimination des droits de douane et des taxes d'effet équivalent constitue un PF du marché commun - Les PF de l'unité du marché et de la libre circulation des marchandises - Le PF de la libre circulation des produits - Les PF de toute organisation commune de marché - Le PF en cette matière,...., le droit à restitution 	<p>22 19 4 5 1 1 1 1</p> <p>Total : 54</p>
- Les dispositions du traité (article 48) mettent en oeuvre un PF consacré par l'article 3 sous c) du Traité	7
- Le PF de la libre circulation des personnes (ou des travailleurs)	8
- La libre circulation des travailleurs (ou des personnes) constitue (en tant que) un des PF de la communauté	4
- Un PF de la communauté (ici libre circulation des personnes)	1

- Le PF de la non discrimination	5
- Le PF de l'égalité de traitement (ou caractère fondamental de ce principe)	7
- Le règlement 1408/71 (adopté sur le fondement de l'article 5) met en œuvre (s'inspire) le PF consacré par cette disposition	3
- Le règlement n° 3 doit être interprété dans le respect des PF qu'il énonce	1
	Total : 36
- La libre prestation de services en tant que PF du traité	23
- Le PF de la libre circulation (des services)	5
- Le PF de traitement national	1
- Le PF de non discrimination	2
- En tant qu'exception à un PF du Traité, l'article 46...	3
	Total : 44
La libre circulation des capitaux en tant que PF du Traité	3
Le PF de la libre circulation des capitaux	1
- PF du système commun de la TVA mis en place par la législation communautaire (neutralité fiscale, droit à déduction de la TVA)	4
- Le PF inhérent au système de TVA	5
- L'art 11A p 1 ss a de la 6 ^{ème} directive, expression d'un PF de la 6 ^{ème} directive	1
- Le PF de développement des échanges	1
- La liberté des échanges intracommunautaires, PF du marché commun	1
- Le respect du principe des droits de la défense dans toute procédure constitue un PF du droit communautaire	16
- Le respect des droits de la défense, PF de l'ordre juridique communautaire	2
- Le respect des droits de la défense en tant que principe de caractère fondamental	5
- Le(s) PF du respect des droits de la défense	3
- Un PF du droit communautaire qui exige le respect des droits de la défense	2
- Un PF dans l'ordre juridique communautaire exige qu'un acte émanant des pouvoirs publics ne soit opposable aux justiciables avant que n'existe pour ceux ci la possibilité d'en prendre connaissance	2
- Les PF de la procédure (ou du droit de la procédure)	2
- Un PF de droit	1
	Total : 34
Principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée législative	7
Le PF de sécurité juridique (ou le principe de sécurité juridique constitue un PF du droit communautaire)	12
- Le principe de confiance légitime s'inscrit parmi les PF de la communauté	12
- Un PF tel que le principe de la confiance légitime	3
Le PF énoncé à l'article 28 alinéa 3 selon lequel le juge requis ne peut pas procéder au contrôle de la compétence des juridictions de l'Etat d'origine	1

Les règles sur la publicité des prix un des PF du marché commun	1
Un PF de droit (délai péremptoire de recours)	1
Ce PF (principe général du droit à une protection juridictionnelle complète)	1
Le PF de la primauté de l'ordre juridique communautaire	1
Pacta sunt servanda	1
Le PF de la reconnaissance réciproque des contrôles	2
Le PF de préférence en faveur des viandes de production communautaire	1
Les PF du droit de propriété	1
Le principe énoncé à l'article 7 du règlement 3950/92 n'est que le corollaire nécessaire du PF découlant de l'économie générale de la réglementation en matière de prélèvement supplémentaire sur le lait	2
Le PF en matière de restitutions à l'exportation	1
Le PF de l'application uniforme du droit communautaire	1
Un des PF de la Convention Postale Universelle énoncé à l'article 1 ...	1
actor sequitur forum rei	2
Le PF selon lequel la décision rendue dans l'Etat d'origine ne peut en aucun cas faire l'objet d'une révision au fond par les juridictions de l'Etat requis	1
Le PF de la solidarité entre les différentes entreprises	1
Le PF de l'agrément des établissements de crédit	1
2 PF en matière budgétaire, celui de l'annualité et celui de l'unité du budget	1
- Les PF régissant le système instauré par le règlement	1
- Les PF du droit de la fonction publique communautaire (principe général d'égalité)	1
-Les principes juridiques fondamentaux (droit à la propriété et au libre exercice d'une activité économique)	1

Le total de 306 énoncés est supérieur au nombre de décisions analysées, certaines décisions (7) font référence à deux PF.

Les énoncés présentent une grande variété devant la CJCE. Le plus grand nombre de décisions concernent la libre circulation des marchandises, des personnes, des services ainsi que la liberté d'établissement. Le principe d'égalité, les droits de la défense, les principes fondamentaux du traité, le principe de sécurité juridique, de confiance légitime constituent les autres principes les plus utilisés par la CJCE.

La CJCE peut utiliser des formules standards (exemple : libre prestation de services, des marchandises, droit du parlement européen, le principe de non discrimination), mais très souvent les formulations restent disparates.

Les formulations peuvent ainsi varier selon les décisions. Surtout, un même principe peut être rattaché à une famille de règles, mais il peut être qualifié lui-même de fondamental, il peut également recevoir une autre qualification, notamment celle de principe général. L'exemple le plus topique de ces variations est celui du principe d'égalité. Ce principe d'égalité est ainsi le plus souvent qualifié de principe général, peut-être car il est d'abord reconnu dans des domaines spécifiques et ce n'est que tardivement qu'il a été reconnu comme principe à part entière du droit communautaire. La qualification du principe de général permet donc d'étendre son champ d'application. En tant que principe général, il peut également appartenir aux PF. Un même principe peut ainsi être qualifié de fondamental ou de général (principe d'égalité, principe de confiance légitime, principe de sécurité juridique). Il est difficile à priori de déterminer les raisons qui conduisent la Cour à utiliser ces termes, et si ceux-ci renvoient pour elles à deux concepts différents.

III- L'ORIGINE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

La qualification de fondamental d'un principe ne semble pas toujours suscitée par un requérant, c'est la CJCE qui opérera cette qualification.

Dans la majorité des cas, les règles qualifiées de fondamentales par la CJCE ont une origine textuelle, dans le traité ou mais c'est plus rare dans le droit dérivé. La citation de sa propre jurisprudence est très fréquente.

L'utilisation récurrente de certains PF permet d'analyser l'émergence de ces principes. Assez fréquemment le premier arrêt où l'on trouve les termes de PF fait référence à un arrêt antérieur qui lui n'utilise pas cette qualification (exemple dans le domaine de la libre circulation des services, des marchandises, concernant le principe de la confiance légitime). Les arrêts suivants peuvent ensuite faire référence à une jurisprudence constante. Dans tous les cas dès lors qu'un arrêt a mentionné un PF, les arrêts suivants feront systématiquement référence à la jurisprudence antérieure de la CJCE. Néanmoins, les références à la jurisprudence antérieure manquent de cohérence. Les arrêts cités ne sont pas toujours les plus significatifs. La référence à sa jurisprudence permet ainsi à la Cour de fonder et de renforcer son pouvoir d'interprétation.

Il peut également arriver que le PF n'ait pas une origine textuelle (principe démocratique fondamental, principe de confiance légitime, principe de sécurité juridique, principe de procédure). Dans ces cas, la CJCE va souvent utiliser une méthode assez identique à celle décrite précédemment. Le premier arrêt qui utilise l'expression de PF fait référence à un arrêt antérieur qui lui ne qualifiait pas le principe de fondamental. La CJCE se réfère ensuite à une jurisprudence constante. Mais il arrive que les PF soient évoqués sans aucune référence à l'origine supposée de ce principe. Le principe apparaît alors *sui generis*. C'est le cas des PF de la procédure. Ces principes apparaissent bien comme une pénétration de la CEDH au sein de l'ordre juridique communautaire, mais la CJCE ne mentionne pas ses sources. Cela ne signifie pas que la Cour ne fasse jamais référence à la CEDH, mais la formulation renvoie alors aux principes généraux.

IV- LES FONCTIONS DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

On peut retrouver devant la CJCE la distinction faite entre les PF utilisés comme ligne directrice et les PF posés comme norme supérieure. Une troisième fonction semble également émerger : le PF peut être utilisé pour poser une règle en l'absence de textes précis. Le premier cas est beaucoup plus fréquent, et il faut également souligner que les fonctions sont très étroitement liées et qu'il est difficile d'isoler une fonction particulière dans les décisions.

A- Le PF comme ligne directrice

Dans la grande majorité des cas, le PF est utilisé comme ligne directrice et sert effectivement de règle d'interprétation de textes. C'est le cas concernant les 4 libertés fondamentales, le principe d'égalité.

Dans ces hypothèses, la CJCE ne crée pas de PF, elle qualifie simplement certaines règles inscrites dans le Traité de fondamentales. La qualification de ces principes de fondamentaux ne semble en aucun cas indispensable à la résolution des litiges. En effet, les principes interprétés sont inscrits dans les Traités et peuvent être appliqués sans recevoir le qualificatif de fondamental. D'ailleurs les formulations retenues par la Cour sont souvent purement déclaratives : « *La libre circulation des marchandises constitue l'un des PF du*

traité, ce principe est mis en œuvre par les articles 30 et suivants du traité » ou « l'article 48 énonce le PF de la libre circulation des travailleurs, ..., la Cour a constaté à maintes reprises que cette disposition met en œuvre un PF consacré par l'article 3 sous c) du traité ».

Le choix du qualificatif de fondamental n'est cependant pas neutre, et remplit à tout le moins une fonction rhétorique. Surtout, l'utilisation du PF est liée à la délimitation du champ d'application d'un texte. Ainsi le recours aux PF est le plus souvent utilisé pour justifier une interprétation stricte des exceptions aux PF ou une interprétation extensive du champ d'application de ces PF. C'est dans cette hypothèse que l'on retrouve des formules standards :

- « La libre prestation des services en tant que PF du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général, formule qui devient ensuite « justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général ».

- « En tant qu'il apporte une exception à l'un des PF du marché, l'article 36 n'admet, en effet des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété ».

- « des objectifs de nature purement économiques ne peuvent justifier une entrave au PF de la libre prestation des services » ou « des marchandises ».

Le recours aux PF permet également d'étendre le champ d'application d'une règle. Cette fonction apparaît surtout dans le contentieux de l'égalité.

B- Le PF utilisé pour poser une règle.

On aurait pu penser que les termes de PF seraient utilisés par la CJCE dans ses arrêts reconnus comme fondateurs de l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire les arrêts posant les principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire, principe de proportionnalité. Étonnamment ces arrêts n'apparaissent pas. Il faut donc en conclure que la CJCE n'a pas eu recours à cette formulation dans ses arrêts fondateurs. Quelques exceptions néanmoins, et particulièrement l'arrêt Francovich.

Dans cet arrêt, le recours aux PF lui permet de poser une véritable règle : *« Ce problème – de l'existence et de l'étendue d'une responsabilité de l'Etat pour des dommages découlant de la violation des obligations lui incombant en vertu du droit communautaire - doit être*

examiné à la lumière du système général du Traité et de ses principes fondamentaux ». De ces principes fondamentaux est tiré le principe inédit de la responsabilité des Etats (principe que l'on va trouver dans le dispositif de l'arrêt). Pour poser ce principe, la Cour se réfère également au Traité et à sa propre jurisprudence.

Dans l'affaire Factortame, 2^{ème} décision sur cette question, on retrouve la même méthode, mieux motivée : « *en l'absence dans le traité de dispositions réglant de façon expresse et précise les conséquences des violations du droit communautaire par les Etats membres, il appartient à la Cour dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit (...) de statuer sur une telle question selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux PF du système juridique communautaire et le cas échéant à des principes généraux communs aux systèmes juridique des Etats membres. C'est d'ailleurs aux principes généraux communs aux droits des Etats membres que l'article 215 du traité renvoie en matière de responsabilité extracontractuelle... Ce principe, ..., n'est qu'une expression du principe général commun dans les ordres juridiques des Etats membres selon lequel une action ou omission illégale entraîne l'obligation de réparer le préjudice subi* ».

Tout est dit dans cette motivation, les PF du traité sont bien à la source de principes spécifiques non prévus par les textes. La CJCE évoque d'ailleurs expressément ces lacunes. Un texte « alibi » est tout de même utilisé.

C- Le PF posé comme norme supérieure

Cette fonction est très étroitement liée à la fonction précédente, dans la mesure où le PF peut être utilisé pour poser une norme, et régler ainsi un conflit de normes.

Beaucoup plus rare devant la CJCE, on peut néanmoins indiquer quelques utilisations relevant de cette fonction.

- La CJCE a ainsi admis la nullité d'actes pris par le Conseil sans que soit respectée la procédure de consultation du Parlement européen au nom du « *principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative* ». Une telle sanction n'est pas a priori prévue par les textes, et

l'affirmation de ce principe permet ainsi de sanctionner le défaut de consultation par l'annulation des textes.

- dans le domaine de la libre circulation des personnes et des marchandises, hypothèses où la qualification du principe de fondamental permet d'affirmer les droits personnels que les individus tirent de ce principe et surtout d'assurer la primauté de ce principe. Le PF joue ainsi un rôle dans la reconnaissance de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire : *« les articles 48 à 66 du traité et les actes de la communauté pris en leur application mettent en œuvre un PF du traité, confèrent aux personnes qu'ils concernent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder et priment toute norme nationale qui leur serait contraire ».*

- principe de sécurité juridique : en dépit d'un renvoi de la définition des sanctions aux droits nationaux, le recours au principe de sécurité juridique va permettre à la CJCE de contrôler notamment les délais de recours et les règles procédures nationales. Arrêt 16 décembre 1976, 33/76 Rewe, et décision du même jour Comet *« La fixation de tels délais (délais de recours), en ce qui concerne les recours de nature fiscale constitue l'application du PF de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée ».*

- même utilisation dans le domaine de la répétition de l'indu en matière fiscale

- Les PF des droits de la défense : ici aussi, ces PF sont affirmés en l'absence de réglementation communautaire et/ou nationale. L'affirmation de ce principe lui permet de contrôler la conformité des règlements communautaires et les annuler en cas de violation de ce principe fondamental.

EQUIVALENTS FONCTIONNELS ET COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Des tests portant sur des expressions voisines à l'expression de « principe fondamental » ont été effectués. Toutes les interrogations ont été réalisées avec l'outil Lamyline, base Cour de Justice des Communautés Européennes, champ **En droit**. Chacune des interrogations porte sur l'ensemble des décisions rendues par la CJCE jusqu'au 31 décembre 2002.

I- Résultats chiffrés des interrogations

1- Résultats des interrogations générales :

1. principe pre/1 généra* : 862 décisions
2. droit pre/1 fundamenta* : 191 décisions
3. liberté pre/1 fondamentale : 196 décisions
4. principe pre/1 supérieur : 9 décisions
5. principe pre/1 essentiel : 11 décisions
6. principe pre/1 élémentaire : 6 décisions
7. disposition pre/1 juridique pre/1 fundamenta* : 3 décisions
8. exigence pre/1 fundamenta* : 56 décisions
9. principe pre/1 généra* pre/1 commun : 32 décisions

2- Résultat d'interrogation croisée entre principe général et droits fondamentaux :

1. droit pre/1 fundamenta* et principe pre/1 généra* : 104 décisions (cette interrogation permet de retrouver une expression repérée précédemment : « les droits fondamentaux font partie intégrantes des principes généraux »).

3- Résultats de quelques interrogations sur des principes apparus comme fondamentaux pour la CJCE.

1. principe pre/1 proportionnalité : 426 décisions (ce principe n'est pas qualifié de fondamental par la CJCE, mais il s'agit d'un principe souvent utilisé par la CJCE).

2. principe pre/1 généra* pre/1 proportionnalité : 10 décisions

3. principe pre/1 égalité : 382 décisions

4. principe pre/1 généra* pre/1 égalité : 100 décisions

5. principe pre/1 subsidiarité : 20 décisions

6. principe pre/1 confiance pre/1 légitime : 143 décisions

7. principe pre/1 sécurité pre/1 juridique : 293 décisions

8. principe pre/1 généra* pre/1 sécurité pre/1 juridique : 42 décisions

9. principe pre/1 généra* pre/1 libre pre/1 circulation : 2 décisions

Ces chiffres doivent à chaque fois être minorés. En effet, certaines décisions ne s'avèrent pas pertinentes pour l'analyse, et surtout l'interrogation ne permet pas d'isoler les décisions où les principes sont simplement invoqués par les intervenants à l'instance ou la Cour de renvoi, sans être repris par la CJCE. Néanmoins, les interrogations sont significatives de la fréquence de l'utilisation par la Cour de ces différentes expressions.

Comme le laissait présager les premiers arrêts analysés de la CJCE sur les principes fondamentaux, un même principe peut être qualifié de fondamental, ou de général ou de simple principe (principe d'égalité, principe de sécurité juridique). En revanche, certains qualificatifs sont réservés à des principes particuliers. C'est ainsi que le principe de proportionnalité n'est qualifié ni de général, ni de fondamental. Les principes de libre circulation sont qualifiés de fondamentaux et non de généraux, mais peuvent également apparaître comme des libertés fondamentales. La confiance légitime peut être qualifiée de principe fondamental ou de principe mais pas de principe général.

Il est difficile de trouver les raisons qui permettraient d'expliquer l'utilisation par la Cour de certaines expressions plutôt que d'autres. On ne voit pas se dégager une hiérarchie entre les différentes appellations. Tout au plus peut-on repérer certaines tendances, certaines séries jurisprudentielles qui vont privilégier une expression particulière.

II- Exclusion de certaines expressions du champ de l'étude

Certaines expressions ne sont pas des équivalents de l'expression « principe fondamental ».

- **principe supérieur** : 9 décisions
- **principe essentiel** : 11 décisions
- **principe élémentaire** : 6 décisions

La lecture des décisions permet de conclure que ces expressions ne peuvent constituer des équivalents de la notion de principe fondamental. Tout d'abord, le nombre de décisions montrent l'utilisation très marginale de ces expressions par la CJCE, d'autant que dans environ la moitié de ces décisions, ces expressions sont invoquées par les parties mais ne sont pas reprises par la CJCE. Dans les autres décisions, ces termes ont un usage purement rhétorique.

- Expression : principes généraux communs : 32 décisions

En visant les principes généraux communs, une première série de décisions, fait expressément référence à l'article 288 du Traité (ex article 215), seul article du Traité à utiliser les termes mêmes de principes généraux. Cet article prévoit, en effet, « *qu'en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions* ». Lorsque la Cour est amenée à se prononcer sur le régime de la responsabilité extra contractuelle, les termes mêmes de l'article 288 la conduisent à explicitement se référer à ces principes généraux, sans que l'on puisse alors attribuer à ceux-ci de fonction particulière.

Une autre série de décisions concerne la portée de l'article 3 du Traité relatif aux objectifs du Traité. Les questions préjudicielles conduisent la Cour à se prononcer sur l'effet obligatoire de cet article. Pour la Cour ces dispositions « *font partie des principes généraux du marché commun qui sont appliqués en combinaison avec les chapitres respectifs du traité destinés à mettre en oeuvre ces principes, les objectifs généraux qui y sont énoncés étant*

explicités par les règles spécifiques contenues dans d'autres dispositions. Il en résulte que l'article en question ne saurait recevoir une application autonome par rapport aux dispositions spécifiques du traité qui régissent la matière considérée ». On peut voir dans ces décisions, une utilisation assez atypique des termes de principes généraux qui sont ici utilisés pour refuser une application autonome de l'article 3.

Le **principe général de proportionnalité** est présent dans 10 décisions dans lesquelles le principe est invoqué sans être explicitement repris par la CJCE, même si la Cour peut accepter de contrôler la violation de ce principe. Elle ne le qualifie pas elle-même de général.

III- Expressions équivalentes

1- dispositions juridiques fondamentales : 3 décisions (cette dernière interrogation a été suscitée par l'article de Denys Simon, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », Revue Droit, 1991, p. 14, qui relevait la terminologie variée utilisée par le juge communautaire et notamment les expressions, « principes généraux de/du droit », « principes généraux du droit communautaire », « principes fondamentaux du droit communautaire », « principe élémentaire du droit », « dispositions juridiques fondamentales de la Communauté », « exigence fondamentale », « principe général » ou « principe »).

En dépit d'une utilisation extrêmement marginale, l'expression « dispositions juridiques fondamentales » peut constituer un premier équivalent fonctionnel de l'expression « principe fondamental ». Les trois décisions concernent en effet la liberté d'établissement, que la CJCE a pu également qualifier de « principe fondamental ». Ces trois décisions traitent d'un même problème juridique et se présentent dans une même lignée jurisprudentielle comme le montrent les références explicites du dernier arrêt aux deux décisions antérieures. Les dispositions juridiques fondamentales en cause sont relatives à l'égalité de traitement (par ailleurs qualifié de principe fondamental), et la CJCE affirme dans ces arrêts l'effet direct de ce principe. L'expression se rattache sans nul doute à la fonction de prévalence du principe fondamental : en effet la CJCE l'utilise pour affirmer l'effet direct de la règle, qui prévaut ainsi sur les règles nationales qui lui serait contraire, ainsi que pour justifier une interprétation restrictive aux exceptions de ce principe.

2- Expression : droit fondamental fait partie des Principes Généraux du droit communautaire ou expressions similaires : 105 décisions

Seules 30 décisions ont été analysées : les 10 premières, les 10 dernières, et 10 décisions au hasard sur le reste de la période. L'interrogation fait apparaître un certain nombre de décisions qui ne correspondent pas à l'expression recherchée, soit que l'expression soit simplement invoquée par les parties, reprise de la décision du TPI qui fait l'objet du pourvoi, soit que les termes apparaissent séparément dans la décision. Il n'en demeure pas moins que l'expression revient dans un nombre significatif de décisions (plus de la moitié des décisions analysées) et qu'elle apparaît bien comme une expression récurrente dans le raisonnement de la CJCE.

L'expression apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Stauder* (CJCE 12 novembre 1969, Aff. 29/69) où la Cour accepte de contrôler la conformité d'une décision communautaire « *aux droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect* ». Dès le deuxième arrêt (17 décembre 1970, aff. 11-70), la Cour adopte l'expression qui va devenir une formule consacrée et définit une première origine constitutionnelle de ces droits : « *Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* ». Dans le 4^{ème} arrêt (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4-73), l'origine internationale de ces droits fondamentaux est également admise : « *Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces Etats. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire* ».

Dans les arrêts ultérieurs, la CJCE admettra que la Convention européenne des droits de l'homme constitue une de ses sources privilégiées d'inspiration et la Cour se référera de manière appuyée à la Convention pour reconnaître la plupart des droits et des libertés: « *selon*

une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 revêt à cet effet une signification particulière ».

La jurisprudence de la CJCE sera expressément consacrée par le Traité de Maastricht qui intègre cette référence dans le traité sur l'Union européenne : *« L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».*

Si l'on analyse les fonctions de cette expression, elle présente sans nul doute des similarités avec les fonctions retenues des principes fondamentaux. Les premières décisions de la CJCE répondent à une question d'une particulière importance. Le traité de Rome institue avant tout une communauté économique et ne contient aucune disposition relative à des droits fondamentaux. Mais la question d'un contrôle du respect des droits constitutionnels a très vite été posée sous l'impulsion des juridictions allemandes et italiennes. Ces dernières ont été en effet amenées à se prononcer sur la possibilité d'un contrôle de la conformité du droit communautaire dérivé à leurs propres normes constitutionnelles. La reconnaissance par la CJCE d'une telle possibilité aurait sans nul doute anéanti tout espoir d'unité du droit communautaire. C'est ainsi que la Cour de Justice devait admettre que la validité des actes de la Communauté ne peut être appréciée qu'au regard du droit communautaire, et ne peut se voir opposer des règles de droit national quand bien même ces règles seraient constitutionnelles (CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11-70). Pour la Cour, si la conformité du droit communautaire doit être contrôlée c'est au regard du droit communautaire lui-même à travers ses principes généraux. On retrouve ici une **fonction de prévalence de la norme communautaire sur les normes nationales** : les juridictions nationales doivent écarter leur propres règles constitutionnelles, la CJCE assurant son propre contrôle de la conformité des règles communautaires au regard des principes généraux du droit communautaire. Les réglementations nationales dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application du droit communautaire doivent également respecter ces droits fondamentaux. Mais il s'agit

également d'une fonction de prévalence de ces droits fondamentaux sur la norme communautaire elle-même, la CJCE contrôlant que le droit dérivé est bien conforme à ces droits fondamentaux.

La fonction de cette référence a ensuite évolué, la Cour devant se prononcer sur la nature et l'étendue des droits qu'elle admettait. La CJCE a ainsi admis au gré des affaires qui lui étaient soumises : le droit de propriété, le respect de la vie privée, le principe d'égalité, la liberté de religion, la liberté d'expression et d'information, la protection de la confidentialité, le respect des droits de la défense, la non-rétroactivité des lois pénales, le droit d'agir en justice, la liberté d'association. La méthode utilisée laisse à la Cour une très grande marge de manœuvre, les traditions constitutionnelles communes et la convention elle-même n'étant qu'une source d'inspiration où la CJCE peut librement puiser. **On retrouve alors ici plutôt une fonction d'extension et de comblement de lacunes**, dans la mesure où les droits qu'elle admet dans la sphère communautaire ne sont inscrits ni dans les traités ni dans le droit dérivé (tout du moins jusqu'à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union). Certes, on peut hésiter entre une fonction d'extension et une fonction de comblement de lacunes à proprement parler. Dans la mesure où la CJCE va chercher ces droits fondamentaux dans des traditions constitutionnelles communes et surtout dans la convention européenne et même dans la jurisprudence de la CEDH, on peut considérer qu'il ne s'agit que d'une extension du champ d'application de ces principes à la sphère communautaire. Mais la CJCE restant libre du choix de ces principes et leur interprétation, on peut considérer qu'il s'agit plutôt d'un comblement de lacunes.

Certains des droits fondamentaux qui sont admis au titre des principes généraux du droit communautaire par la CJCE, comme le droit de propriété, l'égalité, les droits de la défense sont également qualifiés de principes fondamentaux ou peuvent recevoir d'autres qualificatifs, comme le caractère fondamental des droits de la défense. Néanmoins, les deux expressions semblent plutôt complémentaires. Il ressort assez clairement des arrêts, que la CJCE préférera utiliser l'expression de droits fondamentaux pour les droits qu'elle peut trouver dans la CEDH ou dans ses protocoles, comme le droit de propriété, le droit à la vie privée. En revanche, certains droits ne peuvent pas être rattachés à cette origine, et la CJCE utilisera l'expression concurrente de principe fondamental notamment pour des principes spécifiques au droit communautaire, comme le principe fondamental à la libre circulation, des services, des personnes et des marchandises.

3- Expression : exigences fondamentales : 56 décisions, dont une quarantaine sont pertinentes.

L'expression apparaît bien remplir une fonction similaire à celle de « principes fondamentaux », certains principes pouvant d'ailleurs recevoir les deux appellations. La CJCE a ainsi reconnu l'exigence fondamentale de sécurité juridique (14 décisions), l'exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire (9 décisions), l'exigence fondamentale selon laquelle le respect des droits de la défense s'impose (5 arrêts), les exigences fondamentales reconnues par le droit communautaire, cette formulation faisant expressément référence à l'article 36 du Traité : « *le recours à l'article 36⁴³³ du Traité permet de maintenir des restrictions nationales à la libre circulation des marchandises justifiées par certaines raisons qui constituent des exigences fondamentales reconnues par le droit communautaire (ce recours n'est toutefois plus possible lorsque des directives communautaires prévoient l'harmonisation des mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif spécifique que poursuivrait le recours à l'article 36)* », 12 arrêts).

La référence à l'article 36 qui constitue la référence quantitativement la plus importante est atypique. En effet, ce sont les exigences de l'article 36 qui sont qualifiées de fondamentales, et pourtant la CJCE va admettre une interprétation restrictive de ces exigences au nom de la libre circulation. On peut néanmoins retrouver la fonction de prévalence, dans la mesure où la CJCE va utiliser cette référence pour justifier un encadrement par le droit communautaire des mesures nationales qui voudraient se prévaloir des exceptions autorisées par l'article 36.

La référence à l'exigence fondamentale de sécurité juridique sert à la Cour à combler des lacunes du droit communautaire. Une série d'arrêts utilise en effet cette notion pour admettre au nom de la sécurité juridique l'existence de délais de prescription quand bien même ils ne seraient pas prévus par les textes⁴³⁴. Cette même référence est également utilisée

⁴³³ L'article 30 du traité (ex article 36) permet des restrictions à la libre circulation des marchandises pour des raisons de « moralité publique, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de préservations des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ».

⁴³⁴ Ainsi dans un arrêt du 14 juillet 1972 (Geigy, aff. 52-69), la Cour admet que « si les textes régissant le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes en cas d'infraction aux règles communautaires ne prévoient aucune prescription, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes ». On retrouve ce même principe dans un arrêt du 24 septembre 2002, (aff. C-74/00, Falck SpA et Acciaierie di Bolzano), « en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs ».

par la Cour pour limiter le pouvoir des juridictions nationales de constater l'invalidité d'actes communautaires.

« **L'exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire** » permet également à la Cour de combler certaines lacunes du droit communautaire. Elle va en effet utiliser cette expression pour définir ses propres pouvoirs et notamment admettre qu'elle seule peut limiter la portée rétroactive de ses propres arrêts : « *l'exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire implique qu'il appartient à la seule Cour de justice de décider des limitations intratemporelles à apporter à l'interprétation qu'elle donne* » (CJCE, 27 mars 1980, C 61/79)⁴³⁵. On retrouve l'expression dans une autre série d'arrêts où la Cour, au nom de l'application uniforme du droit communautaire, accorde aux juridictions nationales le pouvoir d'accorder un sursis à exécution alors même qu'il n'est pas organisé par le droit national (CJCE, Zuckerfabrik, 21 février 1991, C-143/88).

4- Expression : principe général de sécurité juridique : 42 décisions.

Parmi ces 42 décisions, une série d'arrêts (24 décisions) utilise cette expression dans un contexte identique et concerne le pouvoir que s'accorde la CJCE de limiter la portée rétroactive de ces arrêts⁴³⁶. Elle affirme en effet dans ces arrêts que « *ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour peut par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi* ». **L'expression recouvre ici une fonction de comblement des lacunes.** Nulle disposition dans le Traité n'accorde en effet à la CJCE une telle compétence, l'interprétation donnée par la Cour de la règle communautaire devant en principe s'appliquer dès l'entrée en vigueur de la norme interprétée. C'est pourtant au nom de la sécurité juridique, et admettant ainsi implicitement son pouvoir créateur que la Cour admet de limiter les effets dans le temps de son interprétation.

⁴³⁵ On retrouve dans ce même arrêt l'expression « principe général de sécurité juridique » pour justifier une limitation dans le temps des effets d'un de ses arrêts.

⁴³⁶ L'arrêt du 27 mars 1980 (CJCE, Denkavit, aff. 61/79) inaugure cette série jurisprudentielle, même si on trouve ce même principe dans un arrêt antérieur (CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, Defrenne) fondé sur le « principe de sécurité juridique ». L'un des derniers arrêts date du 3 octobre 2002 (CJCE, Angel Barreira Perez, C-347/00).

L'autre série d'arrêts est relative au droit de la concurrence et plus précisément à l'interprétation de l'article 81§1 du Traité (anciennement article 85), mais il s'agit en fait dans ces décisions de préciser les compétences respectives de la Commission, des juridictions nationales et de la CJCE pour l'application des règles de la concurrence. On peut retrouver une fonction d'extension et de comblement des lacunes.

5- Expression liberté fondamentale : 193 décisions

21 décisions ont été étudiées. L'analyse des décisions a été faite par sondage, seule une décision sur 10 a été analysée. L'interrogation faisait évidemment ressortir les décisions où la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales était citée par la CJCE. Sur les 21 décisions, 11 entraînent dans ce cas de figure. Dans toutes les autres décisions, les libertés fondamentales reconnues par la CJCE sont propres à l'ordre juridique communautaire et se confondent avec les principes de libre circulation définis par le Traité : libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux, liberté d'établissement. On peut cependant noter que l'expression apparaît relativement tardivement à la fin des années 1970. **On retrouve ici une fonction de prévalence** : le recours à la notion de libertés fondamentales sert à justifier une interprétation restrictive des exceptions aux libertés en cause.

Conclusions

La première impression qui se dégage de la jurisprudence de la CJCE est celle d'une grande incohérence. Un même principe peut recevoir différentes qualifications sans que l'on puisse trouver les raisons de ces variations terminologiques. On ne peut également établir aucune hiérarchie entre les différentes expressions utilisées par la CJCE, entre les droits fondamentaux, les principes fondamentaux, les principes généraux, et les simples principes. Aucun adjectif n'est ainsi attaché au principe de proportionnalité. Il n'en paraît cependant pas moins fondamental, dans l'ordre juridique communautaire, que le principe de sécurité juridique, qui se voit lui attribuer toutes les qualifications imaginables.

Au-delà d'une quelconque hiérarchie, les différentes expressions utilisées par la CJCE ne renvoient pas à des catégories juridiques que l'on pourrait définir. Il n'en demeure pas

moins que certaines tendances peuvent être dégagées des arrêts de la CJCE, et que certaines expressions vont pouvoir se rattacher à un contexte spécifique. L'expression « les droits fondamentaux font partie intégrantes des principes généraux du droit » a permis à la Cour d'intégrer les droits définis par la Convention européenne des droits de l'homme. Le « principe général de sécurité juridique » est utilisé par la Cour pour affirmer son pouvoir de limiter la portée rétroactive de ses propres arrêts, alors que « l'exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire » lui sert à affirmer qu'elle seule, et non les juridictions nationales, dispose de cette compétence. Les libertés fondamentales renvoient essentiellement aux libertés de circulation reconnues par le Traité. Les principes fondamentaux renvoient eux plutôt à des principes inhérents à l'ordre juridique communautaire et peuvent donc souvent s'appuyer sur les Traités eux-mêmes ou sur des dispositions du droit dérivé.

L'analyse de quelques arrêts présentés comme les plus importants de la CJCE (arrêt du 5 février 1963, van Gend & Loos, aff. 26-62 ; arrêt du 15 juillet 1964, Costa 6/64, aff. 6/64 ; arrêt du 6 octobre 1970, Grad, aff. 9/70) montre également que la fonction créatrice de la CJCE peut s'exercer en dehors de toute référence à des principes généraux, fondamentaux ou autres. Ainsi, c'est en vain que l'on chercherait dans les célèbres arrêts van Gend & Loos et Costa une quelconque mention de ces principes. Or ces arrêts prennent position sur les questions fondamentales, pour l'avenir de l'intégration européenne, de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire, alors qu'aucune disposition spécifique des Traités ne pouvait être utilisée. Les arrêts se présentent comme de véritables démonstrations fondées sur l'esprit, l'économie et les objectifs du traité. La solution se présente donc comme déduite de la logique propre de l'ordre juridique communautaire.

Le projet de Constitution européenne pourrait peut-être contribuer à une clarification des concepts. Un article (1-9) est, en effet, expressément consacré aux « principes fondamentaux » de l'Union européenne, qui feraient ainsi une entrée formelle dans le droit communautaire. Ces principes fondamentaux ont trait aux règles de compétence de l'Union. Il s'agit du principe d'attribution, du principe de subsidiarité et du principe de proportionnalité. Paradoxalement aucun de ces principes n'a jamais été qualifié de fondamentaux par la CJCE.

Un article 1-7 est également consacré aux « droits fondamentaux » qui sont issus d'une part de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, appelée à intégrer la

Constitution européenne, et d'autre part des droits fondamentaux « tels qu'ils sont garantis par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » et qui « font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

PRINCIPES FONDAMENTAUX ET CONSEIL CONSTITUTIONNEL

I. Eléments statistiques

Années	DC PF	Tot DC	% DC PF /DC	% DC PF /Tot déc	L PF	Tot L	% L PF/ L	% L PF / Tot déc	FNR PF	Tot FNR	Tot PF	Tot Déc	% PF/Déc	S. AN	S. Sén	O Gvt	Tot doc PF
2002	04	09	44,4%	36,4%	02	02	100%	18,2%	00	00	06	11	54,5%	04	04	02	16
2001	04	16	25%	23,5%	01	01	100%	05,9%	00	00	05	17	29,4%	05	05	02	17
2000	06	15	40%	40%	03	03	100%	16,7%	00	00	09	18	50%	06	04	04	23
1999	06	18	33,3%	33,3%	03	04	75%	13,6%	00	00	09	22	40,9%	05	03	04	21
1998	07	11	63,6%	63,6%	02	02	100%	15,4%	00	00	09	13	69,2%	7	06	05	27
1997	04	09	44,4%	44,4%	02	02	100%	18,2%	00	00	06	11	54,5%	04	03	?	13
1996	05	15	33,3%	29,4%	02	02	100%	11,8%	00	00	07	17	41,2%	04	02	?	13
1995	04	19	21,1%	20%	00	01	0	00	00	00	04	20	20%	00	00	?	04
1994	05	21	23,8%	22,7%	01	01	100%	04,5%	00	00	06	22	27,3%	03	01	?	10
1993	05	15	33,3%	29,4%	01	02	50%	05,9%	00	00	06	17	35,3%	?	?		06
1992	02	13	15,4%	10,5%	05	06	83,3%	26,3%	00	00	07	19	36,8%	?	?		07
1991	10	18	55,6%	47,6%	02	03	66,7%	09,5%	00	00	12	21	57,1%	?	?		12
1990	06	19	31,6%	28,6%	02	02	100%	09,5%	00	00	08	21	38,1%	?	?		08
1989	09	17	52,9%	45%	01	03	33,3%	05%	00	00	10	20	50%	?	?		10
1988	03	15	20%	13,6%	05	07	71,4%	22,7%	00	00	08	22	36,4%	?	?		08
1987	02	10	20%	14,3%	03	04	75%	21,4%	00	00	05	14	35,7%	?	?		05
1986	02	20	10%	08,3%	02	04	50%	08,3%	00	00	04	24	16,6%	?	?		04
1985	02	19	10,5%	07,7%	04	07	57,1%	15,4%	00	00	06	26	23,1%	?	?		06
1984	03	18	16,7%	15%	02	02	100%	10%	00	00	05	20	25%	?	?		05
1983	02	13	15,4%	10,5%	04	06	66,7%	21,1%	00	00	06	19	31,6%	?	?		06
1982	03	18	16,7%	11,5%	04	08	50%	15,4%	00	00	07	26	26,9%				07
1981	02	08	25%	22,2%	01	01	100%	11,1%	00	00	03	09	33,3%				03
1980	02	16	12,5%	08,3%	07	08	87,5%	29,2%	00	00	09	24	37,5%				09
1979	02	10	20%	10,5%	02*	07	28,6%	10,5%	01	02	05	19	26,3%				05*
1978	02	10	20%	14,3%	04	04	100%	28,6%	00	00	06	14	42,9%				06
1977	03	14	21,4%	13,6%	07	07	100%	31,8%	01	01	11	22	50%				11
1976	01	15	6,7%	04,3%	05	08	62,5%	21,7%	00	00	06	23	26,1%				06
1975	01	07	14,3%	09%	03	04	75%	27,3%	00	00	04	11	36,4%				04
1974	00	02	00	00	01	01	100%	33,3%	00	00	01	03	33,3%				01
1973	00	03	00	00	06	06	100%	66,7%	00	00	06	09	66,7%				06
1972	00	03	00	00	04	05	80%	50%	00	00	04	08	50%				04
1971	01	04	25%	12,5%	03	04	75%	37,5%	00	00	04	08	50%				04
1970	00	04	00	00	07	08	87,5%	58,3%	00	00	07	12	58,3%				07
1969	00	01	00	00	06	07	85,7%	75%	00	00	06	08	75%				06
1968	00	02	00	00	01	02	50%	20%	00	01	01	05	20%				01
1967	00	04	00	00	07	07	100%	63,6%	00	00	07	11	63,6%				07
1966	00	03	00	00	04	07	57,1%	36,4%	01	01	05	11	45,4%				05
1965	00	00	00	00	03	03	100%	100%	00	00	03	03	100%				03
1964	01	03	33,3%	10%	03	06	50%	30%	01	01	05	10	20%				05
1963	00	04	00	00	02	05	40%	20%	01	01	03	10	30%				03
1962	00	04	00	00	02	04	50%	25%	00	00	02	08	25%				02
1961	00	06	00	00	02	07	28,6%	12,5%	01	03	03	16	18,7%				03
1960	00	06	00	00	06	09	66,7	40%	00	00	06	15	40%				06
1959	00	04	00	00	00	01	00	00%	01	01	01	06	16,7%				01
TOT	DC PF 109 soit 23,6%	DC 461			L PF 137 soit 70,9 %	L 193			FNR PF 7 soit 63,6%	FNR 11	Déc PF 253 soit 38,1 %	Tot Déc 665		38	28	17	336

**Tableau récapitulatif des documents du Conseil Constitutionnel utilisant l'expression
« princi*proche5 fond* »**

*1 de ces 2 décisions n'est pas présente sur l'interrogation Lamy Line, elle a été récupérée via le serveur du CC

Commentaire du tableau récapitulatif :

1- Précisions et interrogations méthodologiques sur les résultats de ce tableau.

En ce qui concerne les décisions DC, L, FNR : l'interrogation Lamy Line et l'interrogation faite au travers du serveur du Conseil constitutionnel sont identiques à une exception près. Pour des raisons mystérieuses, une décision L comprenant l'expression « Principes Fondamentaux » n'apparaît pas dans l'interrogation Lamy Line. Mais au total, les résultats semblent fiables et exhaustifs, permettant une analyse correcte.

En ce qui concerne les documents « saisines » députés ou sénateurs : la récolte apparaît beaucoup plus partielle et l'analyse, des rapports entre évocation par la saisine de l'expression et présence de l'expression dans les décisions mêmes du Conseil constitutionnel, est donc rendue délicate. D'une part, les lettres de saisines ne sont publiées au JO que depuis 1983 (décision n°83-160 DC du 19 juillet 1983) et uniquement en ce qui concerne les recours engagés au titre de l'article 61 al.2. Or, de façon étonnante, l'interrogation Lamy Line ne fait apparaître la 1^{ère} lettre de saisine que le 23 décembre 1994, soit plus de 10 années après qu'il ait été décidé que les lettres de saisines soient publiées au JO. La question de la fiabilité de l'interrogation Lamy Line sur ce point est donc posée. D'autre part, ces mêmes lettres de saisine ne sont disponibles sur le serveur du Conseil constitutionnel que depuis 1998. Ceci emporte deux conséquences. Premièrement, il y a fort à parier que des lettres de saisine intéressantes existent entre 1983-1994 et que donc le nombre de lettres de saisine faisant apparaître l'expression présent dans le tableau est minoré. Deuxièmement, les lettres de saisine pointées par Lamy Line entre 1994 et 1998 mais non récoltables au travers du serveur du Conseil Constitutionnel n'ont pas été analysées. Elles sont cependant comptabilisées dans le tableau. Enfin, l'analyse des rapports entre « évocation de l'expression par la saisine » et « présence de l'expression dans les décisions du Conseil constitutionnel » n'est donc exhaustive que sur un échantillon de 5 années : 1998, 1999, 2000, 2001, 2002. Cet échantillon est-il suffisant ou faut-il chercher à récolter toutes les lettres de saisine publiées au JO depuis 1983 ? Ceci ne serait pas trop difficile sur la période 1994-1998 parce qu'alors l'interrogation Lamy Line permet d'avoir les références de ces lettres de saisine. Il « suffit » d'aller compulser le JO à partir de ces références (en comptant sur leur fiabilité). Cette récolte serait en revanche beaucoup plus difficile sur la période 1983-1994 car en l'absence de références, il faudrait analyser l'ensemble des lettres de saisine publiées (et pas seulement celles se référant aux décisions récoltées puisqu'il peut exister des lettres de saisine non publiées).

En ce qui concerne les observations du Gouvernement : elles sont publiées au JO depuis 1994 (décision n°94-350 DC du 29 décembre 1994). L'interrogation Lamy Line ne les fait pas apparaître. L'interrogation du serveur du Conseil Constitutionnel les fait apparaître, là aussi, seulement depuis 1998. Seules ces observations, pointées au travers de l'interrogation faite sur le serveur du Conseil Constitutionnel ont été comptabilisées dans le tableau. En revanche aucune n'a fait l'objet d'une analyse. Faut-il poursuivre sur cette voie ?

2- Analyse des résultats du tableau.

a) Documents : nombre total, répartition entre espèces.

Au total, sur la période allant de 1959 (le Conseil Constitutionnel, créé en 1958, n'entre en activité qu'en 1959) à 2002 (comprise), soit 44 années, ce sont 336 documents qui contiennent l'expression « princip* proche 5 fondament* ». Il n'est guère possible dans dire plus ici car nous ne pouvons pas connaître le nombre total de documents potentiellement concernés compte tenu des imperfections de la récolte rappelées ci-dessus en ce qui concerne les documents autres que les décisions.

Ces 336 documents se décomposent comme suit : 253 décisions, 66 lettres de saisine, 17 observations du gouvernement. On remarque donc que les décisions faisant apparaître l'expression sont beaucoup plus nombreuses (75,3%) que les autres documents, ce qui ne veut cependant pas dire grand chose compte tenu des défauts sus-mentionnés de la récolte.

b) Décisions : nombre, espèces, part respective

Si l'on s'en tient aux 253 décisions il est permis de tirer un certain nombre de conclusions pertinentes. Tout d'abord, ces 253 décisions représentent 38,1% de l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel (soit un total de 665 décisions). Plus du tiers donc des décisions rendues par le Conseil Constitutionnel emploie notre expression, ce qui semble important. Ce pourcentage relativement élevé est largement le fait d'une forte présence des décisions L. En effet, ce corpus de 253 décisions contient trois types de décisions : les plus nombreuses sont les décisions L (137 décisions L -procédure de l'article 37 al.2 de la Constitution de 1958), soit 54,15%, soit plus de la moitié des 253 décisions contenant l'expression, viennent ensuite les décisions DC (109 décisions DC - procédures des articles 61 al.2 ou 54 de la Constitution de 1958), soit 43,08% des 253 décisions rendues ; enfin ; les décisions FNR sont peu nombreuses (7 décisions FNR- procédure de l'article 41 de la Constitution de 1958), soit 2,76 % du corpus de 253 décisions) ce qui est logique dans la mesure où elles sont par ailleurs fort peu nombreuses au regard de l'ensemble des 665 décisions prononcées par le juge constitutionnel.

Car en effet, pour mieux apprécier la part respective de chaque type de décision, il faut rapporter le nombre de décisions contenant l'expression à la place qu'occupe chaque type de décision dans l'ensemble du contentieux constitutionnel (665 décisions rendues par le CC). On constate alors que les décisions L ne représentent que 29% du nombre total de décisions rendues par le Conseil Constitutionnel (193 décisions L pour 665 décisions rendues par le Conseil). Avec 54, 15 % du corpus des décisions employant l'expression, elles sont donc en quelque sorte sur-représentées sur le terrain des Principes Fondamentaux par rapport à ce qu'elles représentent dans l'ensemble du contentieux constitutionnel. En revanche, les décisions DC représentent 69,3 % du nombre total de décision rendues par le Conseil Constitutionnel (461 décisions DC pour 665 décisions rendues par le Conseil). Avec, 43,08 % du corpus de décision employant l'expression, elles occupent une place plus relative au regard de leur importance dans l'ensemble du contentieux constitutionnel. Enfin, les décisions FNR représentent 1,65% du nombre total de décisions rendues par le Conseil Constitutionnel (11 décisions L pour 665 décisions). Avec, 2,76% du corpus des décisions employant l'expression principes fondamentaux, leur place minime est conforme à la place réduite qu'elles occupent dans l'ensemble du contentieux constitutionnel.

Enfin, reste à apprécier la part qu'occupent les décisions contenant l'expression Principes Fondamentaux au sein de chaque type de décisions. Nous constatons alors que 70,9% des décisions L contiennent l'expression PF (137 décisions sur un total de 193), 63,6 % des décisions FNR contiennent l'expression PF (7 décisions sur un total de 11 décisions FNR). Comme nous le disions, ce pourcentage élevé semble logique dans la mesure où, comme nous le verrons, les décisions L et FNR ont vocation à employer l'expression compte tenu de l'objet même de ces voies de recours, à savoir la question du partage article 34/article37. En revanche, l'utilisation de l'expression par les décisions DC est lui moins fréquent puisque seulement 23,6 % des décisions DC contiennent l'expression Principes Fondamentaux (109 décisions sur un total de 461 décisions DC).

c) décisions : présence dans le temps.

En ce qui concerne la « chronologie » de ces décisions. L'hypothèse suivant laquelle il y aurait un recours accru à l'expression Principes Fondamentaux dans la période récente ne semble pas vérifiée, les décisions contenant l'expression « Principes Fondamentaux » apparaissent dispersées dans le temps.

Si l'on observe l'ensemble du contentieux constitutionnel contenant l'expression principes fondamentaux, on constate :

- 1 seule décision pour les 3 années : 1959, 1968, 1974 (2 décisions L, 1 décision FNR)
- 2 décisions pour l'année 1962 (décisions L)
- 3 décisions pour les 3 années 1961, 1963, 1981
- 4 décisions pour les 5 années 1971, 1972, 1975, 1986, 1995
- 5 décisions pour les 6 années 1964, 1966, 1979, 1984, 1987, 2001
- 6 décisions pour les 11 années 1960, 1969, 1973, 1976, 1978, 1983, 1985, 1993, 1994, 1997, 2002
- 7 décisions pour les 5 années 1967, 1970, 1982, 1992, 1996
- 8 décisions pour les 2 années 1988, 1990
- 9 décisions pour les 4 années 1980, 1998, 1999, 2000
- 10 décisions pour l'année 1989
- 11 décisions pour l'année 1977
- 12 décisions pour l'année 1991

Tout type de décisions confondues (DC, L, FNR) on peut donc remarquer une grande dispersion des décisions. Par ailleurs il est permis de remarquer qu'il n'existe aucune année sans décision contenant l'expression « principes fondamentaux ». L'année la plus riche est 1965 puisque alors 100% des décisions rendues contiennent l'expression (3 décisions L sur un total de 3 décisions rendues cette année là). L'année la plus pauvre en décisions Principes Fondamentaux est l'année 1986 avec seulement 16,6 % de décisions rendues soit 4 décisions Principes fondamentaux sur 24 décisions rendues (on remarquera que l'année 1960 est très proche de ce score avec 16,7 % pour 1 décision FNR sur 6 décisions rendues cette année là). Si l'on observe le corpus uniquement à partir de 1974 (date à partir de laquelle du fait de l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel, le corpus devient plus équilibré dans la mesure où les décisions DC deviennent plus nombreuses et où l'on gomme donc un peu « l'effet sur-représentation » des décisions L), la dispersion est encore de mise. L'année la plus riche en décisions Principes Fondamentaux est l'année 1998 avec 69,2 % de décisions (soit 9 décisions Principes Fondamentaux sur 13 décisions rendues), l'année la plus pauvre reste 1986 avec 16,6% des décisions (soit donc 4 décisions Principes fondamentaux sur 24 décisions rendues au total).

En tout état de cause, en ce qui concerne l'ensemble du contentieux les pourcentages sont fluctuants d'une année sur l'autre et l'on n'observe pas de mouvement de progression de l'emploi de l'expression dans le contentieux constitutionnel. Le même type de conclusion peut être fait, cette fois-ci si l'on observe chaque type de décisions.

Si l'on observe le seul contentieux des décisions DC on constate :

- 0 décision pour les 14 années 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1965, 1966, 1967, 1968, 1969, 1970, 1972, 1973, 1974.
- 1 décision pour les 4 années 1964, 1971, 1975, 1976,
- 2 décisions pour les 9 années 1978, 1979, 1980, 1981, 1983, 1985, 1986, 1987, 1992.
- 3 décisions pour les 4 années 1977, 1982, 1984, 1988
- 4 décisions pour les 4 années 1995, 1997, 2001, 2002
- 5 décisions pour les 3 années 1993, 1994, 1996
- 6 décisions pour les 3 années 1990, 1999, 2000
- 7 décisions pour l'année 1998
- 9 décisions pour l'année 1989
- 10 décisions pour l'année 1991.

Il faut conclure à la dispersion des décisions « principes fondamentaux ». Il est cependant permis d'observer qu'à partir de 1974 (c'est-à-dire du moment où la saisine est ouverte à 60 députés ou sénateurs) non seulement le nombre de décisions DC contenant l'expression va augmenter (ce qui est logique dans la mesure où le nombre de décisions DC en général augmente) mais qu'il ne se passe pas une année sans que l'expression n'apparaisse. Pour le reste la dispersion est importante. Remarque, si ce n'était l'année 1992 pas moins de 4 décisions par an à partir de 1989...

Si l'on observe le seul contentieux des décisions L on constate :

- 0 décision pour les 2 années 1959, 1995
 - 1 décisions pour les 7 années 1968, 1974, 1981, 1989, 1993, 1994, 2001.
 - 2 décisions pour les 12 années 1961, 1962, 1963, 1979, 1984, 1986, 1990, 1991, 1996, 1997, 1998, 2002
 - 3 décisions pour les 7 années 1964, 1965, 1971, 1975, 1987, 1999, 2000
 - 4 décisions pour les 6 années 1966, 1972, 1978, 1982, 1983, 1985
 - 5 décisions pour les 3 années 1976, 1988, 1992
 - 6 décisions pour les 3 années 1960, 1969, 1973
 - 7 décisions pour les 3 années 1967, 1970, 1977, 1980,
- La dispersion est également de rigueur.

Si l'on observe le seul contentieux des décisions FNR on constate :

Un maximum de 1 décision par an : 7 années : 1959, 1961, 1963, 1964, 1966, 1977, 1979.

Rien depuis 1979, la procédure de l'article 41 de la Constitution étant tombée en désuétude.

d- A propos des lettres de saisines (voir les remarques méthodologiques faites précédemment).

66 lettres de saisines (dont 38 lettres de saisine émanant des députés et 28 émanant des sénateurs).

Parmi ces 66 lettres de saisines.

- 9 lettres de saisines pour lesquelles il n'y a pas de décision (on suppose donc que l'expression apparaît dans la saisine mais pas dans la décision).

- 57 lettres de saisines accompagnent une décision (l'expression apparaît dans la lettre de saisine et également dans la décision correspondante. Toutefois, parfois la décision du Conseil Constitutionnel « sort » sur l'expression alors même qu'un autre objet est concerné par l'expression de la lettre de saisine.

- Le serveur du Conseil constitutionnel ne permettant pas de récupérer les saisines avant 1998, il existe donc encore un certain nombre de documents « pointés » par Lamy line et non analysés (17 documents sans fiche), soit environ 35% des lettres de saisine.

La base du Conseil Constitutionnel nous a permis de récupérer 17 « observations du gouvernement » non analysées.

II- Origine, énoncé et fonction des principes fondamentaux

Dans la grande majorité des décisions récoltées, l'expression apparaît par référence aux Principes Fondamentaux de l'article 34 de la Constitution. C'est le cas pour l'ensemble des décisions L et des décisions FNR, soit 144 décisions. Sous réserve d'un pointage plus rigoureux, environ 2/3 des décisions DC sont également concernées, soit plus de 36 décisions. Au total, plus 70% des décisions Principes Fondamentaux le sont par référence à l'article 34. Dans les autres décisions récoltées l'expression apparaît largement par référence aux Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République. Ceci ne concerne que les décisions DC. On peut estimer à environ 23% le nombre de décisions « Principes Fondamentaux » concernées par référence aux PFRLR. Reste donc environ 7% de décisions qui font apparaître l'expression sans renvoi à ces 2 catégories : une question méthodologique se pose alors. Peut-on faire « parler » le Conseil Constitutionnel sur un si faible volume de décisions par rapport à l'ensemble du contentieux comprenant l'expression, pourcentage encore plus infime de décisions si l'on rapporte au contentieux constitutionnel en général : environ 17 décisions, à peine 1% du contentieux constitutionnel général !!! L'analyse sera toutefois faite.

Les décisions contenant l'expression principes fondamentaux par référence à l'article 34

A- Références aux « principes fondamentaux » au travers de l'article 34

Décisions DC

Formulation du principe fondamental	Nbre décisions du CC
PF de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources Il est fréquemment fait référence plusieurs fois dans une même décision	27
PF de la libre administration	1
PF par référence à l'art. 34 al 3-2	28
PF du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales	4
PF du régime de la propriété et des obligations civiles et commerciales Dont découle le PF applicable aux procédures d'OPA ou d'échanges de maintien de cours et d'offre de retrait (Décision n°89-260)	3
PF du régime de propriété	6
PF des obligations civiles et commerciales	1
PF du régime de la propriété et des droits réels	1
PF par référence à l'art.34 al.3-4	15
PF du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale	4
PF du droit du travail et de la SS	1
PF du droit du travail	9
PF du droit du travail et du droit syndical	6
PF du droit syndical et de la Sécurité sociale	1
PF(...)de la sécurité sociale	11
PF de la protection sociale	1
PF par référence à l'art 34 al. 3-5	33
PF touchant soit au droit du travail soit aux obligations civiles et commerciales	1
PF par référence à l'art. 34 al. 3-4 et 3-5 mêlés	1
PF que l'article 34 a placé dans le domaine de la loi. Ou PF que la Constitution réserve à la loi	2
TOTAL	79

Décisions L et FNR

Formulation du principe fondamental	Décisions L	Décisions FNR
PF de l'organisation générale de la défense nationale	4	
PF par référence à l'art. 34 al. 3-1	4	
PF de libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources	8	
PF de libre administration des collectivités	8	
PF par référence à l'art. 34 al 3-2	16	
PF de la libre administration et du régime de la propriété	1	
PF de libre administration, du régime de propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales	2	
PF de libre administration, des obligations civiles et commerciales	1	
PF par référence à l'art. 34 al 3-2 et 34 al. 3-4 mêlés	4	
PF de l'enseignement	4	
PF par référence à l'art.34 al. 3-3	4	
PF du régime de la propriété , des droits réels et des obligations civiles et commerciales	14	
PF du régime de la propriété	12	
PF du régime de la propriété et des obligations civiles		2
PF des obligations civiles et commerciales	8	
PF par référence à l'art.34 al 3-4	34	2
PF des obligations civiles et commerciales ou du droit du travail	1	1
PF par référence à l'art.34 al 3-4 et art. 34 al.3-5 mêlés	1	1
PF du droit du travail	5	2
PF de la sécurité sociale	15	1
PF du droit du travail ou du droit syndical	1	
PF par référence à l'art. 34 al. 3-5	21	3
PF du droit civil relatif à la répétition de l'indu	1	
PF réglant l'ouverture ou l'extinction du droit à prestation, la forme et le montant de diverses prestations	1	
PF qui sont du domaine de la loi ou PF de l'article 34	39	1
Aucun des principes fondamentaux, ni aucune des règles que l'article 34 a placés dans le domaine de la loi	20	

Commentaire :

Dans ces décisions l'expression Principes Fondamentaux apparaît dans la bouche du juge par référence à l'article 34 de la Constitution. La référence au texte même de l'article 34 est le plus souvent très explicite (notamment lorsque le Conseil constitutionnel utilise des guillemets). Parfois, et compte tenu de l'abandon précoce (1960) de la distinction règles/principes fondamentaux, le juge constitutionnel utilise une formule plus standardisée :

telle disposition soumise à son contrôle ne met en cause « aucun des principes fondamentaux non plus qu'aucune règle » (...). Enfin, les décisions récoltées peuvent également faire apparaître une référence à l'expression Principes fondamentaux en deux temps : dans un 1^{er} temps le Conseil constitutionnel vise une matière précise de l'article 34 (exemple : le principe de libre administration fait partie des principes fondamentaux) puis complète avec la formule non plus qu'aucun autres de principes fondamentaux ou règles (...). Ces différents types de références ne révèlent cependant pas de différences de nature.

Remarque subsidiaire a propos de l'article 34 de la Constitution, sous réserve de plus amples investigations à mener, il semble qu'au moment de la rédaction de la Constitution de 1958, l'expression principes fondamentaux renvoie à l'idée de généralité (NDLR et non pas directement de prévalence). Elle est ainsi utilisée par « opposition » aux matières pour lesquelles le législateur devait être habilité à fixer les règles. Elle était donc conçue comme fondant un titre de compétence assez limité du législateur. En effet, à la lecture de l'article 34 et de la distinction « la loi fixe les règles concernant... » / « la loi détermine les principes fondamentaux : », l'hypothèse avait été émise qu'il existait des matières pour lesquelles le législateur devait être précis (« le législateur fixe les règles ») et d'autres pour lesquelles il pouvait être plus général (« la loi détermine les principes fondamentaux »). Pour ces dernières, le législateur devait en quelque sorte se contenter de fixer les principes fondamentaux de la matière tandis que « le détail » pouvait relever du pouvoir réglementaire. Une telle lecture de l'article 34 de la Constitution est venue alimenter l'idée d'une place limitée de la loi sous l'empire de la Constitution de 1958 puisque alors non seulement le législateur détenait une compétence d'attribution (les matières énumérées par la Constitution et seulement elles) mais encore, au sein de ces matières seules certaines d'entre elles devaient être légiférées avec précision. D'ailleurs une série de mécanismes sont là pour accréditer cette lecture : l'article 61 al 2 permettra la saisine du Conseil constitutionnel si le législateur veut intervenir au-delà du domaine que la Constitution lui dévolue, l'article 41 permettra la saisine du Conseil Constitutionnel si au cours du débat parlementaire une proposition de loi ou un amendement semble sortir du domaine de la loi, enfin si d'aventure une telle loi était adoptée, promulguée, il sera encore possible au gouvernement de faire délégaliser la matière pour intervenir par voir réglementaire (art.37al.2). Il est aujourd'hui communément admis en doctrine qu'une telle lecture de l'article 34 est erronée (voir l'étude systématique de AG. Cohen, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution. », R.D.P., 1963). En effet, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle (et administrative) relative à la compétence du législateur, semble montrer

que le Conseil constitutionnel, et ceci dès ses toutes 1^{ère} décisions de 1959, ne distingue pas entre les matières pour lesquelles le législateur ne devrait que déterminer les principes fondamentaux et celles pour lesquelles il devrait fixer les règles. NB : Si l'on en croit L. Favoreu c'est à un autre partage que se livre le juge constitutionnel : le législateur est compétent chaque fois qu'il est question de mise en cause des principes fondamentaux (et/ou des règles); laissant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de ces principes fondamentaux (et/ou des règles)... Pour ce qui nous intéresse, nous retiendrons que l'abandon de cette distinction fait apparaître des formulations mêlant références aux principes fondamentaux et aux règles.

L'origine de la référence aux principes fondamentaux est donc le texte constitutionnel. Cette référence n'a pas de fonction propre. Le Conseil constitutionnel se contente alors de viser l'article du texte constitutionnel qui fonde la compétence du législateur. Il le fait alors même que la question de la compétence du législateur ne paraît pas faire problème. Le plus souvent, ce « visa » opéré, le juge constitutionnel va contrôler si le législateur respecte bien le texte constitutionnel. Peut-on alors dire que ce visa a pour fonction de valider la compétence du législateur afin de mieux en assurer le contrôle ?

En certaines occasions, le juge constitutionnel va préciser le sens du texte constitutionnel, la portée de l'article 34 avec une formule relativement standardisée du type « considérant qu'au titre de principes fondamentaux de l'article 34 il y a lieu de ranger le principe suivant lequel (...). Alors, le « visa » du Conseil constitutionnel est une espèce de prélude à la précision qu'il va donner sur le contenu, la portée de cet alinéa.

B : Références aux Principes fondamentaux au travers des PFRLR

Références aux « principes fondamentaux » au travers des PFRLR admis par le CC

Formulation du principe fondamental	Nbre dans décisions	Commentaire
PFRLR suivant lequel l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées,	1	Création et consécration le 29 août 2002, décision n°2002-461. Présent également dans la saisine députés et sénateurs.
PFRLR selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle	5	Dans la décision n°96-378 le CC parle pour ce même principe de simple principe à valeur constitutionnelle. Dans la décision n°89-261, le CC utilise cette formulation alors que la saisine évoquait plus simplement le PFRLR de séparation des pouvoirs entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire + le PFRLR sert à une invalidation partielle.
PFRLR en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions ;	3	Décision n°2001-48 du 25 juillet 2001 : cette évocation entraîne l'invalidation de la disposition soumise au contrôle du CC Décision n°89-271.
PFRLR suivant lequel une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non rétroactivité de la loi répressive d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense Revoir mais souvent c'est simplement le principe de légalité des délits et des peines qui est évoqué	13	Décision n°97-395, ce PFRLR conduit à une réserve d'interprétation Décision n°93-325, ce PFRLR semble conduire à une invalidation mais également visa de l'article 8 de la DDHC Décision n°90-285 le PFRLR conduit à une invalidation partielle. Décision n°89-268 : le PFRLR conduit à une invalidation partielle.

PFRLR suivant lequel pour permettre l'individualisation des peines le juge doit conserver un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il inflige une sanction pénale	1	Evoqué par saisine sur décision n°78-98, ambiguïté car le CC estime qu'il n'y a pas violation car les dispositions déferées concernent les modalités d'exécution des peines et par ailleurs renvoi à ceux des « PFRLR qui régissent les condamnations »
PFRLR de séparation des juridictions d'instruction et des juridictions de jugement	1	Idem que ci-dessus
PFRLR de l'importance des attributions conférées à l'AJ en matière de propriété immobilière	1	Sur décision n°89-256. La saisine évoquait, elle, le PFRLR selon lequel l'AJ est garante de la propriété. En l'espèce ce PF n'est pas méconnu.
Total PFRLF justice	25	
PFRLR de liberté de conscience	2	Décision n°2001-446 NB la saisine sénateur faisait, elle, référence au PFRLR d'indépendance des Professeurs d'Université (voir tableau PFRLR sur saisine) Décision n°77-87 (cf liberté de l'enseignement) reconnaissance pour la 1 ^{ère} fois. Réserve neutralisante sur ce PF
PFRLR de liberté de l'enseignement supérieur	1	Décision n°99-414 DC
PFRLR de la liberté de l'enseignement	2	Décision n°93-329 : la décision n'est pas très claire sur le point de savoir si le CC fonde ou pas sur ce PFRL la non conformité partielle. Décision n°77-87 reconnaissance du PFRLR pour la 1 ^{ère} fois, fondé « notamment » sur l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931
PFRLR d' indépendance des professeurs (ou de l'indépendance)	4	Décision n°93-322 : le PFRLR fonde une invalidation totale de la loi. Décision n°83-165 DC : le PFRLR fonde l'invalidation de 2 dispositions du texte déferé (en revanche absence de contrariété pour 3 autres dispositions)
TOTAL liberté de conscience, enseignement, prof	9	

PFRLR de liberté d'association	4	Décision n°98-399 le PFRLR est évoqué par la saisine député mais par repris par le CC Dans la décision n°84-176 DC on comprend qu'il s'agit du PFRLR de liberté d'association mais se sont les PFRLR en général qui sont évoqués. Décision n°71-44 : 1 ^{ère} reconnaissance.
PFRLR « en général »	2	Décision n°78-98, le CC renvoi à la catégorie général des PFRLR Idem pour décision n°74-54
PFRLR (en réalité PF garantis par) de la liberté individuelle	1	Décision n°76-75 reconnaissance pour la 1 ^{ère} fois.
<u>TOTAL ensemble de décisions du Conseil constitutionnel admettant l'existence d'un PFRLR</u>	41	

Commentaire :

Ces décisions ne sont pas très nombreuses : 41 décisions sur un total de 665 soit 6,2% de l'ensemble du contentieux, de façon plus pertinente 41 décisions sur 461 décisions DC soit 8,9% des décisions DC (lesquelles jusqu'à présent ont seules été matière à PFRLR). En conséquence on peut sans doute dire que les énoncés sont en nombre relativement restreint. Le Conseil constitutionnel, une fois le PFRLR reconnu, fonctionne de façon relativement standardisée.

Origine de cette référence : le texte de la Constitution (la catégorie « PFRLR » est évoquée par le Préambule de 1946 lui-même évoqué par le Préambule de 1958).

Fonction de cette référence : cette référence à l'expression PF (RLR) n'a pas de fonction propre. Elle est une référence au texte de la Constitution. Le Conseil constitutionnel « vise » donc cette catégorie de norme de valeur constitutionnelle (cf décision de 1971 Liberté d'association) afin d'apprécier la conformité des dispositions qui lui sont déférées. Cette catégorie de normes n'a pas de contenu défini (délimité) a priori et donc le Conseil constitutionnel en fixe le contenu au gré de la reconnaissance de ces PFRLR. Bien entendu et en revanche, la qualification de PFRLR de telle règle (par exemple la liberté d'association) a elle, une fonction, assurer la prévalence de cette règle par rapport aux dispositions législative déférées pour invalider (ou valider à ce moment là le Conseil constitutionnel va contester la demande d'invalidation qui lui est faite par la saisine).

La création de ces PFRLR se fait de façon relativement prétorienne. Parfois le Conseil constitutionnel fait effectivement référence à des textes précis qui sont donc selon lui constitutifs de PFLRL et acquièrent donc ainsi une valeur constitutionnelle. En d'autres

occasions, la référence à des textes est moins assurée et le Conseil constitutionnel se borne à évoquer une « ambiance » législative. A noter que dans sa décision n° n°88-244 DC le Conseil constitutionnel indique ce qui peut être vu comme un mode d'emploi de ce que peuvent être les PFRLR.

Le Conseil constitutionnel ne semble pas faire un usage très fréquent de cette technique. Depuis 1989, une seule nouvelle création de PFRLR.

Références aux « principes fondamentaux » au travers des PFRLR évoqués par les saisines mais non admis par le CC

Formulation du principe fondamental	Nbre dans décision	Commentaire
PFRLR faisant obstacle à ce que les impôts puissent être perçus au profit des personnes privées	1	Evoqué par saisine sénateur mais le CC dit qu'il n'existe pas un tel PFRLR.
PFRLR selon lequel seul l'Etat recouvre l'impôt	1	Evoqué par saisine sénateur sur décision n°90-285, le CC dit qu'aucun PFRLR n'impose à l'Etat un mode de recouvrement particulier.
PFRLR d'affectation exclusive du produit de la CSG au financement de la Sécurité Sociale.	1	Expression dans saisine sénateur sur décision 2001-447, repris mais non consacré par le CC.
PFRLR de « l'autonomie organique et financière » des branches de la sécurité sociale	1	Evoqué par saisine députés et sénateurs sur décision n°2000-437 mais le moyen manque en fait pour le CC qui ne se prononce donc pas sur l'existence de ce PFRLR
PFRLR de l'universalité des allocations familiales	1	Evoqué par saisine sur décision n°97-393 mais je ne sais pas si députés ou sénateurs car elles ne sortent plus sur la base du CC . Le CC refuse de considérer ce principe comme PFRLR
PFRLR suivant lequel en cas d'égalité en matière de suffrage la « prime majoritaire » ou le dernier siège devrait bénéficier, respectivement à la liste ayant la moyenne d'âge la plus élevée ou au plus âgé des candidats susceptibles d'être élus.	1	Evoqué par saisine sénateur sur décision n°98-407, repris par le CC mais pour dire inexistence : « la règle invoquée ne revêt pas une importance telle qu'elle puisse être regardée comme figurant au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" mentionnés par le premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, par suite, le grief doit être rejeté

PFRLR selon lequel tout membre d'une assemblée territoriale doit pouvoir être élu aux fonctions exécutives de cette assemblée.	1	Evoqué par saisine sénateur sur décision n°2000-426 mais le moyen manque en fait et le CC ne se prononce pas directement.
PFRLR suivant lequel en matière de droit du travail, en cas de conflit de normes, la plus favorable doit recevoir application	1	Evoqué par saisine sur décision n°97-388, le CC ne répond pas vraiment alors car moyen inopérant.
PFRLR de faveur	1	Evoqué par saisine sur décision n°96-383, le CC ne qualifie pas de PFRLR le principe de faveur mais de simple principe par ailleurs le moyen manque en fait.
PFRLR suivant lequel seul le 1 ^{er} mai est chômé.	1	Evoqué par saisine sénateurs sur décision 99-423, le CC ne reprend pas. Bizarrerie dans cette même décision la saisine députés dit que le salaire minimum garanti n'est pas un PFRLR.
PFRLR suivant lequel l'amnistie est impossible pour les faits intervenus dans le cadre d'un contrat de travail entre 2 personnes privées	1	Décision n°88-244 DC où le CC fixe sa doctrine en matière de reconnaissance des PFRLR.
PFRLR de prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle	1	Evoqué par saisine députés sur décision n°89-254 DC. Le CC refuse de reconnaître un tel PFRLR
PFRLR suivant lequel les modalités d'exécution des peines privatives de liberté doivent être décidées par des juridictions	1	Evoqué par saisine députés sur décision n°79-107. En réalité ambiguïté car le CC dit aucun PFRLR n'exclut que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autres que des juridictions.
PFRLR d'individualisation des peines	1	Décision n°80-127 le CC dit à supposer que ce principe puisse être vu comme un PFRLR il n'est pas méconnu
PFRLR suivant lequel l'article 59 du Code de procédure pénale interdit que les visites et perquisitions domiciliaires puissent se dérouler entre 21h et 6 h	1	Evoqué par la saisine sur décision n°96-377 DC, le CC reprend l'argument mais en évoquant un « principe d'inviolabilité du domicile » (sans qualifier de PFRLR)
PFRLR selon lequel les juridictions statuent au nom du Peuple français	1	Evoqué dans la saisine députés sur décision n°98-399 mais pas repris comme PFRLR par le CC qui parle simplement de principe constitutionnel
PFRLR de respect dû à la préservation de la dignité humaine.	1	Evoqué par saisine députés sur décision 99-149, non repris par CC. Le CC reprend le principe de dignité humaine sans qualifier de fondamental reconnu par les lois de la république.
PFRLR suivant lequel seuls les combattants appartenant à des troupes françaises et ayant combattu dans des opérations décidées par le	1	Evoqué par saisine sur décision n°96-386, le CC ne répond pas directement à cette qualification pour dire qu'aucun

gouvernement français pourraient se voir attribuer la carte du combattant		PFRLR n'a été méconnu par la loi.
PFRLR selon lequel la naissance en France (...) permet d'ouvrir de manière automatique à cette nationalité	1	Evoqué par saisine (député ou sénateur ?), 2 fois dans la même décision n°93-321. Le CC, lui, parle d'un principe de valeur constitutionnel mais n'en reconnaît pas l'existence.
PFRLR permettant à l'enfant de rechercher la paternité hors mariage	1	Evoqué par saisine (député ou Président de l'AN ?) sur décision n°94-343/344. Le CC ne répond pas du Tout
PFRLR de stricte confidentialité des données nominatives informatisées	1	Evoquée par saisine députés sur décision n°91-302. Le CC n'examine pas.
PFRLR de gratuité de la circulation	1	Evoqué par saisine sur décision n°79-107, le CC dit explicitement qu'il ne s'agit pas d'un PFRLR.
PFRLR « en général »	2	Evoqué par saisine sénateur de façon très générale avec référence au Préambule de 1946 et à la DDHC de 1789. Chapeau.
TOTAL	24	

Commentaire

Réticence méthodologique compte tenu des imperfections de la récolte en ce qui concerne les saisines.

Enoncés : peu de décisions au total. Variété des énoncés et des domaines concernés : quelques décisions à regrouper autour des questions de Finances publiques (sécurité sociale et impôts), d'autres autour du droit du travail, d'autres encore autour du droit électoral ou du droit pénal...mais l'ensemble est hétérogène. On remarque que ces tentatives visant à faire reconnaître l'existence d'un PFRLR restent isolées. La saisine essaye une fois...puis renonce ! (sauf peut-être autour du principe de faveur où la saisine est revenue à la charge par 2 fois).

Origines : très variable, dans **la très grande majorité des cas absence de référence textuelle** (parfois tel ou tel texte tiré d'une législation est évoqué). L'existence de ces principes semble aller de soi. Quant à l'expression même de PFRLR c'est la catégorie juridique visée par le texte constitutionnel qui est visée.

Fonction de l'expression : la saisine fait également référence au texte constitutionnel et à la catégorie juridique non définie dans son contenu a priori des PFRLR. Le but de cette

référence est de tenter d'asseoir la prévalence juridique des principes visés dans le but de faire invalider les dispositions concernées de la loi déferée.

C. Référence aux principes fondamentaux hors article 34 et PFRLR.

Référence aux principes fondamentaux hors article 34 et PFRLR dans les décisions DC du CC.

Formulation du principe fondamental	Nbre dans décision	Commentaire
PF de la procédure législative	1	Décision n°99-419. Le CC contrôle si la loi transmise a bien respecté un certain nombre de règles de procédure législative. L'expression que le CC se contente de reprendre est évoquée par la saisine qui souhaite ainsi évoquer un corps de règles contenant les règlements des assemblées qui ne font pas partie du bloc de constitutionnalité..
PF du droit des contrats	1	Décision n°99-419 Le CC dit que le grief de violation des principes fondamentaux des contrats doit être écarté. L'expression renvoie à un corps de règles supposément supérieur mais dont les contours ne sont pas définis avec précision.
PF suivant lesquels "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances" ; que le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ;	1	Décision n°99-412. saisine article 54 sur Traité. L'expression renvoie tout d'abord au texte même de la Constitution «... », duquel le CC fait découler un principe celui d'unicité du peuple français, principe qui se confond largement avec le texte même de la Constitution
Principe juridique fondamental d'application générale dans cet Etat,	1	Décision n°98-408, à propos de l'application du Traité sur la Cour pénale Internationale certaines de ses dispositions peuvent ne pas recevoir application dans certains Etats si les dispositions sont contraires aux dispositions juridiques fondamentales de l'Etat. Espèce de clause de réserve très générale. Idem la référence permet de viser un corps de règle suposément supérieur mais dont le contour n'est pas défini

PF de la médecine libérale	1	Décision n°98-404. Ce PF est évoqué par référence à l'évocation de la saisine.
PF d'équilibre budgétaire	2	Décision 92-309. Ce PF est évoqué par référence à l'article 1 ^{er} de l'ordonnance de 1959. Il sert à une invalidation totale du texte déféré. Décision n°79-110 : ce PF est évoqué par référence à l'article 1 ^{er} de l'ordonnance de 1959. Il sert à une invalidation totale du texte déféré.
PF du SP et notamment le principe d'égalité et son corollaire le principe de neutralité du SP	1	Décision n°86-217 Corps de règle suposément supérieur, indéfini
Libertés constituant des PF ayant valeur constitutionnelle	1	Décision n°77-92 DC. Il n'y a pas lieu d'examiner si ces dispositions sont contraires à des libertés constituant des PF ayant valeur constitutionnelle. Idem
TOTAL	09	

Commentaire :

Réticences méthodologiques peut-on véritablement « faire parler » ces Principes Fondamentaux comme représentatifs des pratiques du juge constitutionnel compte tenu de leur nombre très restreint par rapport au corpus « décisions Principes Fondamentaux » (12 décisions sur 253 soit 4,7%) et plus encore de l'ensemble du contentieux constitutionnel (12 décisions sur 665 soit 1,8%). Si l'on s'en tient aux décisions DC le pourcentage reste très faible (12 décisions sur un total de 109 décisions DC comprenant l'expression Principes fondamentaux soit 11% ou encore 12 décisions sur 461 décisions DC en tout soit 2,6 %).

Énoncés : En tout état de cause, ces décisions sont très peu nombreuses. Les énoncés sont, dans cette limite, assez variables. Ces énoncés sont tous en exemplaire unique, sauf un : « le principe fondamental d'équilibre budgétaire ».

Origine des PF : un ensemble de règles dont l'origine précise n'est justement, dans la majorité des cas, pas précisée !

Fonction des PF :

1° Évocation de l'expression « Principe fondamentaux de la procédure législative⁴³⁷ » : cette évocation n'a pas de fonction propre dans la décision. Le Conseil constitutionnel se contente de reprendre les termes employés par la saisine, pour ensuite opérer son contrôle par rapport à diverses règles de procédure législative contenue dans la Constitution. En revanche il est

⁴³⁷ Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, considérant n°4.

intéressant de remarquer que, l'évocation de cette expression par la saisine n'était pas, elle, innocente. En effet, les députés et sénateurs, ont semble-t-il utilisé à dessein une telle expression pour englober des règles de procédure législative contenues dans les règlements des assemblées, lesquels n'ont pas valeur constitutionnelle. Dès lors, on peut dire que dans la bouche des parlementaires cette expression avait une fonction d'extension du bloc de constitutionnalité, destinée à asseoir la prévalence de certaines règles.

2° Evocation de l'expression « Principes fondamentaux du droit des contrats »⁴³⁸ : ici la démarche du Conseil constitutionnel est très différente. Dans un premier temps l'expression apparaît parce qu'elle est utilisée par la saisine (« sur le grief tiré d'une atteinte aux principes fondamentaux des contrats »). Le grief est donc recevable. Mais, de façon plus intéressante, dans un deuxième temps, le Conseil constitutionnel fait sienne cette expression dans l'énoncé de son considérant (« Considérant que, sous cette réserve, le grief tiré d'une atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats doit être écarté »). A l'évidence aucune norme textuelle du bloc de constitutionnalité ne fait de référence directe au droit des contrats et encore moins à quelques principes fondamentaux du droit des contrats que ce soit. On sait cependant que le Conseil constitutionnel a rendu un certain nombre de décisions, pas toujours très explicites, intéressant ce droit des contrats (au titre essentiellement des articles 4 et 5 de la DDHC de 1789 lesquels posent un principe de liberté - article 4 - et évoquent le rôle de la loi en matière d'aménagement des libertés, en général)⁴³⁹. Il faut donc admettre l'existence d'un droit constitutionnel des contrats d'origine jurisprudentielle⁴⁴⁰. Dès lors, dans la décision qui nous préoccupe l'expression « principes fondamentaux du droit des contrats » est utilisée par le Conseil constitutionnel pour renvoyer à un corps de règles qu'il est, en réalité, en train d'énoncer. Il semble donc très nettement que l'on retrouve ici les fonctions d'extension et de comblement des lacunes de la notion de principes fondamentaux. De façon confondue, on trouve également me semble-t-il, la fonction de prévalence-éviction de la notion : car la création jurisprudentielle de ce corps de règles aux contours mal définis que sont les « principes fondamentaux du droit des contrats » n'a qu'un but, les faire entrer dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

⁴³⁸ Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, considérant

⁴³⁹ Ainsi, par exemple, en se fondant sur l'article 4 de la DDHC de 1789 le Conseil constitutionnel vérifie qu'il n'est pas « apporté une atteinte telle à l'exécution des contrats en cours qu'elle dénature la liberté contractuelle (CC n°99-416 DC du 23 juillet 1999 CMU) et que la connaissance suffisante des normes applicables ne dénature pas cette liberté (CC n°99-421 DC 16 décembre 1999 Codification). De façon vraiment peu claire le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de liberté contractuelle n'a pas « en lui même » valeur constitutionnelle (CC 97-388 DC 20 mars 1997) tout en précisant que sa méconnaissance ne « saurait être invoquée (...) que dans les cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis (décision n°97-388 précitée). D'autres exemples pourraient être fournis.

⁴⁴⁰ Cette affirmation peut tout à fait être critiquée si l'on considère que le Code civil est en réalité la source de ce droit constitutionnel, mais tel n'est pas notre débat.

3° « Considérant, d'une part, qu'ainsi que le proclame l'article 1er de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances » ; que le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ; Considérant que ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁴⁴¹ : ici, il semble que l'on soit dans la fonction rhétorique de l'expression, car un résultat similaire aurait pu être obtenu avec l'expression principe constitutionnel dans la mesure où ces dispositions sont très directement issues des articles 1^{er} et 2^{ème} de la Constitution.

4° « Principe juridique fondamental d'application générale dans cet Etat »⁴⁴² : ici le Conseil constitutionnel se contente de reprendre dans un long considérant le texte de l'article 93 du Traité sur la Cour pénale internationale qui mentionne cette expression. Aucune « valeur ajoutée » de la part du Conseil Constitutionnel.

5° « Principes fondamentaux de la médecine libérale »⁴⁴³ : ici également aucune « valeur ajoutée » de la part du Conseil constitutionnel. L'expression apparaît parce que le Conseil constitutionnel commence par rappeler les arguments de la saisine à propos de l'article 22 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999. Ensuite, il ne revient pas sur cet argument mais procède à sa propre analyse de cet article contesté.

6° « Principe Fondamental d'équilibre budgétaire » : 2 décisions mentionnent ce principe : la première est rendue sur la loi de finance pour 1980⁴⁴⁴, la seconde est rendue à propos d'une modification du règlement du Sénat⁴⁴⁵ et reprend textuellement le considérant de principe de 1980. Le Conseil constitutionnel dans ces deux décisions précise que l'article 40 de l'ordonnance organique de 1959 (qui énonce que « la seconde partie de la loi de finances de l'année ne peut être mise en discussion devant une assemblée avant le vote de la première

⁴⁴¹ Décision No 99-412 DC du 15 juin 1999 Charte européenne des langues régionales ou minoritaires

⁴⁴² Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale

⁴⁴³ Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999

⁴⁴⁴ Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1970, Loi de finances pour 1980 - "Vote du budget I"

⁴⁴⁵ Décision N° 92-309 DC du 9 juin 1992 Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat

partie »); « ne fait que tirer les conséquences, au plan de la procédure législative », du principe fondamental d'équilibre budgétaire. Ce faisant le Conseil constitutionnel vise l'article 1^{er} de l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Celui-ci dispose que « Les lois de finances déterminent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat, compte tenu d'un équilibre économique et financier qu'elles définissent », mais ne qualifie pas de fondamental l'équilibre dont il est question.⁴⁴⁶

1^{ère} remarque : c'est donc bien le Conseil constitutionnel qui opère cette qualification (contrairement aux décisions qui réfèrent à l'article 34 ou aux PFRLR pour lesquelles le Conseil Constitutionnel ne crée pas l'expression mais renvoie à une expression contenue dans le texte constitutionnel).

2^{ème} remarque : sur un plan « technique » ériger la règle d'équilibre budgétaire en principe fondamental d'équilibre budgétaire permet au juge d'assurer la prévalence de cette règle qui ainsi, par ce qualificatif, est érigée en norme de référence du contrôle du juge constitutionnel (l'ordonnance de 1959 ne fait pas a priori partie du bloc de constitutionnalité, ici encore contrairement à l'article 34 et aux PFLRL qui sont eux prévus par le texte constitutionnel). Nous sommes donc bien en présence de la fonction de prévalence qui a été mise en évidence. Il est même permis de dire que cette fonction de prévalence joue également par ricochet dans les deux décisions en question. Car cette prévalence du principe fondamental d'équilibre budgétaire sert également à assurer la prévalence de l'article 40 de l'ordonnance de 1959, qui n'est que « la conséquence » au plan de la procédure législative du principe fondamental évoqué. Ce faisant le Conseil constitutionnel n'étend pas à proprement parler le champ d'application de l'article 40 mais renforce sa légitimité à s'imposer et ainsi à conduire à l'invalidation totale du texte déféré (par deux fois).

3^{ème} remarque : sur un plan plus « théorique » cette qualification a pour fonction de mettre en évidence « l'éminence » de la règle d'équilibre budgétaire, de lui conférer une légitimité de nature constitutionnelle, afin, en retour de légitimer le contrôle du juge constitutionnel au regard de cette règle dont la valeur juridique n'était pas assurée de prime abord et ce d'autant plus que le Conseil constitutionnel s'apprête à réaliser des invalidations fortes de conséquences pratiques et politiques.

⁴⁴⁶ On remarquera par ailleurs que dans cette Ordonnance la question de l'équilibre apparaît de nombreuses autres fois à l'occasion de diverses dispositions.

7° « Principes Fondamentaux du service public et notamment le principe d'égalité et son corollaire le principe de neutralité du service public »⁴⁴⁷ : ici le mode de construction de la décision du Conseil constitutionnel est un peu plus ambigu. En effet, si les textes du bloc de constitutionnalité évoquent à de multiples reprises le principe d'égalité, ils n'utilisent pas cette expression de « principes fondamentaux du service public », ni même le « principe de neutralité du service public ». Néanmoins l'alinéa 13 du Préambule de 1946 évoque « l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture (...). Sans que cet alinéa soit visé par le Conseil constitutionnel il semble que celui-ci ait pu l'inspirer (d'autant plus que cette décision est rendue à propos de « culture » si l'on ose utiliser ce terme à propos de la communication audiovisuelle !). Il faudrait alors voir dans l'emploi de cette expression une fonction d'extension de l'alinéa 13 du Préambule de 1946. Mais tout ceci est vraiment très implicite (on peut également, mais rien dans la décision ne permet de l'étayer, penser que le Conseil constitutionnel fait référence à l'ensemble des règles dégagées en la matière par le Conseil d'Etat qui pourrait être amené à connaître de la légalité des décisions rendues par la CNIL dont il est question). De façon un peu plus certaine me semble-t-il, on retrouve la fonction de prévalence. En effet, nous sommes alors en présence d'une « réserve d'interprétation directive » du Conseil constitutionnel. En effet, ce n'est que dans la mesure où la CNIL fera respecter ces principes fondamentaux du service public que les dispositions de la loi sont conformes à la Constitution (conformité sous réserve donc, réserves directives c'est-à-dire directive donnée à la CNIL).

8° Libertés constituant des « Principes Fondamentaux ayant valeur constitutionnelle »⁴⁴⁸ : ici peut-être sommes-nous en présence de la fonction rhétorique de notre expression. En effet, le Conseil constitutionnel aurait très bien pu dire « principe constitutionnel ». En l'espèce ce sont les principes de libre choix du praticien et de liberté des prescriptions qui sont visés mais comme le texte de loi déférée ne porte pas atteinte à ces principes, le Conseil constitutionnel estime qu'il n'a pas à se prononcer sur la valeur constitutionnelle ou pas de ces principes.

⁴⁴⁷ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication

⁴⁴⁸ Décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978 Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale)

Référence aux principes fondamentaux hors article 34 et PFRLR dans la saisine de parlementaires non repris dans la décision du CC.

Formulation du principe fondamental	Nbre de fois où cette expression est présente dans la décision	Commentaire
PF de sincérité	1	Expression dans la saisine députés sur décision n°2002-464, non repris par le CC
PF du droit de priorité de l'AN	1	Expression dans la saisine sénateur sur décision n°2002-464, non repris par le CC
PF de l'équilibre des Institutions	1	Expression dans la saisine sénateur sur décision n°2002-464, non repris par le CC
PF d'égalité	1	Expression dans la saisine sénateur sur décision n°2002-464, non repris par le CC
PF d'égalité devant la loi	1	Expression dans la saisine députés sur la décision n°2001-454, non repris par le CC.
PF d'égalité devant les charges publiques	1	Expression dans saisine députés sur décision n°2000-437, non repris par le CC.
PF d'égalité des citoyens devant la loi et devant les charges publiques	1	Expression évoquée par la saisine sur décision n°79-107, le CC lui parle de simple principe.
PF d'unicité du Peuple français	1	Expression dans la saisine députés sur la décision n°2001-454, non repris par le CC. Ce principe s'opposerait à la reconnaissance de droit collectif à des groupes.
PF de valeur constitutionnelle affirmés par la jurisprudence du CC	1	Expression dans saisine députés sur décision n°2000-434, non repris par le CC.
PF à valeur constitutionnelle de séparation des pouvoirs	1	Expression dans saisine députés sur décision n°99-149, non repris par CC.
PF en matière d'expropriation	1	Expression dans saisine députés sur décision 99-146
PF de la présomption d'innocence	1	Expression dans saisine députés sur décision n°98-405, le CC parle lui de principe (sans adjectif fondamental)
PF du cours légal de la monnaie	1	Expression dans saisine députés sur décision n°89-268, le CC ne qualifie pas ce principe de fondamental
PF de la liberté d'aller et venir	1	Expression évoquée par la saisine sur décision n°79-107, le CC lui parle de principe de valeur constitutionnel

Commentaire :

Problème méthodologique avec les saisines

Même remarque que précédemment, ces évocations ont pour but d'assurer la prévalence de corps de règles non définies à priori mais que la saisine voudrait bien voir consacrer par le juge constitutionnel afin que soit invalidées les dispositions de la loi déferée.

EQUIVALENTS FONCTIONNELS ET CONSEIL CONSTITUTIONNEL

I- Interrogation sur « principes »

Résultats : 738 documents en tout. 378 décisions DC. La recherche est alors réduite aux années 2001, 2002 sur les seules décisions DC : le total est alors de 23 documents.

Fréquence de l'utilisation du terme principe : sur ces 23 documents le terme principe (hors expression principe fondamental/principes fondamentaux) est utilisé 258 fois environ (comptage rapide). Le terme de principe est donc fréquemment présent dans la bouche du juge constitutionnel.

Manifestations et sens de l'utilisation de ce terme « principe » :

a) L'utilisation du terme « principe » au travers de l'expression fréquemment utilisée : « aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ».

Il s'agit d'une formule standard par laquelle le juge constitutionnel clos la discussion de constitutionnalité sur tel ou tel argument (les dispositions déferées ne sont pas contraires à telle ou telle norme constitutionnelle non plus « qu'aucune autre règle ou principe de valeur constitutionnelle »). Il semble qu'alors le terme de principe soit équivalent à celui de norme. Peut-être est-il utilisé avec l'idée de généralité (tandis que le terme de règle marquerait la précision ?).

b) L'utilisation très fréquente du terme « principe » dans le cadre de l'expression « principe d'égalité ».

L'expression « principe d'égalité » apparaît sur notre échantillon plus de 60 fois. Elle représente donc environ le ¼ des emplois de l'expression. Il faut remarquer que cette expression n'est pas accompagnée d'un fondement textuel précis (alors même que l'égalité est bien entendu présente dans les textes du bloc de constitutionnalité). Le terme de principe semble ici équivalent à celui de norme. Peut-être également l'emploi du terme principe provient-il de l'évidence, du caractère complètement acquis de la protection de l'égalité (principe d'égalité devant la loi, principe d'égalité devant les charges publiques ou principe d'égalité sans autre précision). L'emploi du terme principe manifesterait alors la stabilité de la protection.

c) Référence également souvent répétée du terme « principe » (avec ou sans précision en ce qui concerne les fondements textuels) et dans des conditions proches du principe

d'égalité c'est-à-dire sans référence à un fondement textuel, comme équivalent à celui de norme, cet emploi pouvant manifester la stabilité de la protection :

Principes relatifs à la justice

- principe de légalité des délits et des peines
- principe de la nécessité des peines
- principe de proportionnalité des peines
- principe de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère
- principe des droits de la défense
- principe de la présomption d'innocence.
- principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire
- principe de l'inamovibilité des magistrats du siège
(parfois qualifié de règle : les termes principes et règles sont interchangeables)
- principe d'indépendance, indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles.
- principe selon lequel "Nul ne peut être arbitrairement détenu »
- principe constitutionnel selon lequel "nul n'est punissable que de son propre fait"

Principes relatifs aux finances publiques.

- principe d'annualité
- principe de spécialité
- principe d'universalité
- principe de sincérité

Deux éléments de réflexion à retenir en ce qui concerne ces principes relatifs au budget de l'Etat. D'une part, le terme de « principe » est contenu dans l'ordonnance de 1959 (et la LO du 1^{er} août 2001), qui a valeur supra-législative, ce qui peut expliquer que le terme soit utilisé par le Conseil constitutionnel. D'autre part, le terme de « principe » est peut-être d'autant plus facilement utilisé par le juge constitutionnel que la doctrine a érigé cet emploi en « Système ». En effet, « les grands principes budgétaires » forment autant de catégorie de règles semblant ainsi exister de tout temps...Il est vrai que ces règles sont anciennes mais s'est bien la doctrine elle-même qui a construit ces principes (qui forment désormais un chapitre obligé de tous les manuels de finances publiques). Cela signifie que les auteurs rassemblent divers mécanismes juridiques concernant les budgets publics comme autant de règles constitutives d'un principe. Ainsi, par exemple, la règle suivant laquelle le budget de l'Etat doit être déposé avant le premier mardi d'octobre sur le bureau de l'Assemblée nationale en ce qu'elle doit permettre la discussion du budget avant la fin de l'année participe

du principe d'annualité budgétaire, de la même façon la règle interdisant l'affectation de telle ou telle recette à telle ou telle dépense participe du principe d'universalité budgétaire...Le juge constitutionnel pourrait donc être influencé dans son vocabulaire par celui forgé par la doctrine.

Autres utilisations du terme de principe intéressant les finances publiques :

- l'autonomie financière des branches (ndlr de la SS) ne constitue pas, par elle-même, un principe de valeur constitutionnelle. Ici le juge constitutionnel répond à un moyen développé par la saisine qui voulait lui faire reconnaître la valeur constitutionnelle de la règle de « l'autonomie financière des branches de la SS ». Il est donc également permis de penser que l'emploi de ce terme principe peut-être lié à l'invocation qui en est faite par la saisine.

- principe de nécessité de l'impôt. (cf analogie avec le principe d'égalité : emploi du terme principe comme équivalent à celui de norme et stabilité de la protection dont le fondement textuel ne fait pas de doute)

- principe du consentement à l'impôt. Idem que précédemment.

- principe de détermination des ressources et des charges de l'Etat par les lois de finances.

- «l'objectif d'équilibre financier de la sécurité sociale, devenu un principe à valeur constitutionnelle par la révision constitutionnelle du 22 février 1996». Le Conseil constitutionnel distingue ici le simple objectif du principe constitutionnel. On perçoit ici que le terme de « principe » renvoi à l'idée de droit écrit : désormais l'équilibre financier de la SS est une règle écrite de droit constitutionnel, tandis qu'auparavant elle n'était qu'un objectif dégagé jurisprudentiellement. De façon mêlée, le qualificatif de principe revient à souligner l'autorité de la règle (devenue règle écrite par la volonté du constituant son autorité semble supérieure), le contrôle du juge constitutionnel en deviendra plus strict.

Autres emplois du terme «principe (s) » :

- principe de libre administration (cf texte de la constitution qui évoque l'expression)

- principe du caractère exclusif de ces fonctions (ndlr des magistrats de l'ordre judiciaire) posé par le premier alinéa de l'article 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée. Ici le terme principe est utilisé comme équivalent de règle générale (par opposition à exception)

- principe de la sauvegarde de la dignité humaine. Ici le terme de principe est utilisé par la saisine mais pas explicitement repris par le juge lui-même. Dans la bouche des requérants le terme de principe est sans doute utilisé pour marquer l'éminence de la règle (et donc sa capacité à s'imposer).

- principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » idem que précédemment. Principe également utilisé pour donner à penser que la règle doit exister.

- principe de précaution. Pas reconnu par le CC comme constituant un OVC.

- principe du pluralisme. Le pluralisme n'est pas consacré tel quel par les textes constitutionnels mais dans une décision de 1984 le Conseil constitutionnel érige ce pluralisme en OVC (il semble le faire découler de la liberté d'opinion)

- principe de valeur constitutionnelle de liberté contractuelle.

- principe de séparation des pouvoirs

- principe de solidarité nationale

- principe de la liberté du commerce et de l'industrie

d) Des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » peuvent être qualifiés de simples principes ou de principes à valeur constitutionnelle sans que cela ne change quoi que ce soit.

- principe à valeur constitutionnelle de liberté individuelle (sur ce point il semble que désormais le CC fonde sur l'article 4 de la DDHC et non plus comme PFRLR)

- principe de liberté de conscience

- principe d'indépendance des professeurs d'université

e) Le terme de principe peut-être utilisé dans une opposition à l'idée de modalités particulières, détail. Il renvoie donc à l'idée de règles générales.

- considérant que l'article 31 pose le principe de la réduction du temps de travail dans la fonction publique hospitalière ; qu'il renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin d'en fixer les modalités précises (...)

- les prescriptions du nouvel article L. 431-5-1 seraient contraires à " la réglementation des marchés des valeurs mobilières qui fixe, quant à elle, le principe que tout émetteur doit porter à la connaissance du public tout fait important susceptible, s'il était connu, d'avoir une incidence sur le cours de l'instrument financier concerné ", (...)

- considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous réserve que l'enseignement de la langue corse revête, tant dans son principe que dans ses modalités de mise en oeuvre, un caractère facultatif, l'article 7 (...)

- considérant que l'article 134 n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de décider du principe de l'intégration de tels établissements dans l'enseignement public ;

- considérant que l'article 11 de la loi déferée, qui modifie l'article 122-8 du code pénal, prévoit le principe de "sanctions éducatives" à l'égard des mineurs de plus de dix ans, compte tenu de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge ;

- considérant que, selon la saisine des sénateurs, le choix opéré par le législateur d'exclure du secteur concurrentiel la garantie des risques en cause ne serait justifié par l'intérêt général ni dans son principe ni dans les modalités retenues et porterait, dès lors, une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre ;

- considérant, enfin, que les deuxième et troisième alinéas du IV de l'article 7 prévoient que les crédits et la répartition entre ministères des emplois autorisés ne peuvent être modifiés que par une loi de finances, mais admettent, à titre exceptionnel, des modifications par voie réglementaire dans les conditions fixées aux chapitres II et III du titre II ; que le principe de ces dérogations à l'autorisation par la loi de finances trouve son fondement, comme il a été dit, dans l'article 34 de la Constitution, qui dispose que les ressources et les charges de l'Etat sont déterminées par les lois de finances « sous les réserves prévues par une loi organique » ;

f) Principe utilisé comme « en principe » à l'opposé de « par exception » (et qui justement annonce une exception qui pourra être amenée par un « toutefois »).

- considérant, en revanche, que le III de l'article 30 de la loi déferée modifie la définition des ressources des bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie, hébergés en établissement, prises en compte pour le calcul de cette allocation ; qu'ainsi que le soutiennent les sénateurs requérants, cette disposition n'affecte pas directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et, en principe, n'aurait pas sa place dans la loi déferée ;

- considérant qu'il ressort de l'économie de l'article 45 que des adjonctions ne sauraient, en principe être apportées au texte soumis à la délibération des assemblées après la réunion de la commission mixte paritaire ; qu'en effet, s'il en était ainsi, des mesures nouvelles, résultant de telles adjonctions, pourraient être adoptées sans avoir fait l'objet d'un examen lors des lectures antérieures à la réunion de la commission mixte paritaire et, en cas de désaccord entre les assemblées, sans être soumises à la procédure de conciliation confiée par l'article 45 de la Constitution à cette commission ; qu'il ressort en outre du deuxième alinéa de cet article que des dispositions adoptées en termes identiques avant la réunion de la commission mixte paritaire ne sauraient, en principe, être modifiées après cette réunion ;

- considérant qu'en principe il résulte de ces dispositions que, lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel ;

Considérant, toutefois, que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ; que l'exercice du pouvoir conféré par l'article 38 au procureur de la République de suspendre la décision de mise en liberté ne peut produire d'effets au-delà du délai de deux jours ouvrables accordé au premier président de la cour d'appel pour statuer sur la demande de suspension ;

g) Idée que le principe est déduit d'un texte : le principe n'est pas la norme textuelle mais il « découle », « résulte », « relève » d'un texte constitutionnel (on retrouve un peu la logique du PFRLR). Ici l'emploi du terme principe renverrait à l'idée de construction (par le juge) et d'extension d'une règle de droit constitutionnel écrit, bien assise.

- Principe selon lequel une assemblée élue au suffrage universel direct doit l'être sur des bases essentiellement démographiques, principe qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 1er et 3 de la Constitution.

- Principe résultant de l'article 3 de la Constitution, selon lequel les citoyens doivent exercer leur droit de suffrage selon une périodicité raisonnable ;

- Principe de « séparation des pouvoirs réglementaire et législatif » résultant des articles 34 et 37 de la Constitution

- Principe résultant notamment de l'article 10 de la Constitution, selon lequel la promulgation de la loi par le Président de la République vaut ordre à toutes les autorités et à tous les services compétents de la publier sans délai ;

- Principe d'autonomie financière des pouvoirs publics concernés, lequel relève du respect de la séparation des pouvoirs ;

- Principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution

Résumé de l'interrogation sur « principe » : Le plus fréquemment le terme de principe est utilisé comme synonyme de norme. Il marque peut-être la généralité de la norme (on pourrait alors y voir une fonction rhétorique ?) et/ou l'évidence de son existence (exemple : le principe d'égalité, il ne fait pas de doute que cette norme appartient au bloc de constitutionnalité, cette expression de principe d'égalité semble dispenser le Conseil constitutionnel d'évoquer les fondements textuels de la norme). Autrement dit, le terme de principe apparaît pour des normes « bien installées » du bloc de constitutionnalité. On trouve également mais de façon marginale, la fonction d'extension des règles du bloc de constitutionnalité à des fins de prévalence par rapport à la loi déferée (cf rubrique « g »)

II- Interrogation sur fondamental (et dérivés)

Sur la totalité de la base du Conseil Constitutionnel (depuis 1959).

1- Interrogation avec uniquement le terme « fondamental » : 140 documents dont 63 décisions DC. Echantillonnage sur les années 2001-2002 : 3 documents (c'est trop peu, mais je suis constante sur mes dates d'échantillonnage)

Fondamental de « PFRLR » (si l'échantillon était plus conséquent je verrais sans doute beaucoup ressortir cette expression, ainsi que fondamental « de l'article 34 »)

Sinon : « droit fondamental » référence à l'expression « droit fondamental » empruntée au vocabulaire de la protection des droits de l'homme. Idée de droit fondamental des hommes (« à côté » de leurs libertés individuelles, référence implicite à la notion de droits-créances)

Voir plus loin

2- Interrogation avec uniquement le terme « fondamentale » : 12 documents. Je travaille donc sur l'ensemble.

a) « Matière fondamentale »

Considérant, enfin, que l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale, s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice, dans les conditions ci-dessus rappelées, des attributions définies par les dispositions en cause de l'article 6 de la loi déferée au Conseil constitutionnel ;

Ici le terme de « fondamentale » est utilisé pour marquer l'importance de la matière et justifier la compétence du législateur (référence implicite à l'article 34 de la Constitution peut-être, voir également implicitement référence au vocabulaire des droits de l'homme)

b) « Différence fondamentale »

Considérant que les sénateurs requérants font grief à ce dispositif de « créer une inégalité entre les exploitants agricoles installés en Corse et ceux du continent, ce qui est contraire au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi » ; qu'ils font valoir que cette inégalité de traitement « ne peut être que difficilement justifiée par une différence fondamentale de situation » ;

Ici le terme de « fondamentale » peut renvoyer à l'idée de radicalité

c) «garantie fondamentale » : Citation de l'article 34 de la Constitution au singulier. Dans une espèce la référence à l'article 34 est plus implicite et l'expression pourrait s'en dégager pour la notion de garantie particulièrement importante.

d) « règle fondamentale »

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer **la portée de cette règle fondamentale**, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée ;

Ici le terme « fondamentale » renvoi à l'importance de la règle, à la stabilité également de cette règle.

e) « liberté fondamentale »

L'expression est utilisée tantôt accompagnée d'un fondement textuel (bloc de constitutionnalité) tantôt non accompagnée d'un fondement textuel. Clairement l'expression emprunte au vocabulaire des droits de l'homme.

Liberté fondamentale de communication : référence au vocabulaire des droits de l'homme. Fondamentale pour montrer l'importance de cette liberté. Ici pas de fondement textuel de cette liberté (alors même que la liberté en question est présente dans la DDHC et que dans d'autres décisions le fondement de la DDHC est évoqué (voie en dessous pour un exemple)

Considérant que s'il incombe au législateur, compétent, aux termes de l'article 34 de la Constitution, pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer, il ne saurait le faire, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés, qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ;

Liberté fondamentale de pensée et d'expression : référence au vocabulaire des droits de l'homme. Fondamentale pour montrer l'importance de cette liberté. Ici fondement textuel

Considérant que toutefois, eu égard à la liberté fondamentale de pensée et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il ne pouvait imposer, sous peine de sanctions, pareille obligation aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle qu'ils soient publics ou privés ;

3- Interrogation avec le terme « fondamentales » : 37 documents

a) « garanties fondamentales » : Pour la très grande majorité des documents (34, comptage rapide) référence à l'article 34.

b) « libertés fondamentales »

- par référence à la CESDH (citation de son nom) : Décision de 1985 sur le protocole n°6, Décision de 1992 sur le Traité de Maastricht

- vocabulaire des droits de l'homme

Considérant que les députés et les sénateurs auteurs des saisines soutiennent que cette disposition porte atteinte à la liberté d'aller et venir reconnue à toute personne se trouvant sur le territoire de la République ; que cette liberté implique le droit pour les étrangers de quitter librement le territoire national et de choisir le lieu de sortie de ce dernier comme le pays de destination ; que le législateur, en permettant aux autorités compétentes de déterminer discrétionnairement les modalités de restitution du passeport ou du document de voyage, aurait ainsi violé la Constitution ; que l'atteinte ainsi portée à la liberté serait d'autant plus grave que la durée n'en est pas limitée par la loi déferée ; qu'ils soutiennent également que ne serait pas respecté l'article 55 de la Constitution dans la mesure où, par la confiscation du passeport, propriété de l'Etat dont l'étranger est ressortissant, seraient méconnues les obligations internationales de la France visées par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que les sénateurs soulignent enfin que le récépissé valant justification d'identité remis à la personne concernée n'aura pas une valeur suffisante lui permettant d'user de ses droits et d'exercer ses libertés fondamentales, dès lors que le législateur n'a pas précisé la portée exacte du document en cause ;

4- Interrogation avec l'expression « Droit fondamental » : 9 documents dont 2 décisions seulement

a) « droit fondamental (...) d'asile »

Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un **droit fondamental dont la reconnaissance détermine**

l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ;

L'expression est équivalente de droit de valeur constitutionnel

b) droit d'asile « droit fondamental à caractère constitutionnel »

Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel ;

Idem que précédemment.

5- Interrogation avec l'expression « Droits fondamentaux » : 31 documents dont 7 décisions DC (qui seules sont étudiées)

a) «libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » 3 fois

Considérant que le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ;

b) « libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »»

Considérant que si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que figurent parmi ces droits et libertés, la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter, et la liberté du mariage ;

Ici nous perdons la référence à la valeur constitutionnelle de ces droits fondamentaux mais il ne semble pas que cette perte ait du sens.

c) « droits fondamentaux (...) »

Considérant qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article F du traité sur l'Union européenne : "L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire" ;

Citation du traité de Maastricht

d) « droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine »

Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ; que les engagements souscrits à cette fin peuvent en particulier prévoir la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; qu'en égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer

Ici nous sommes avec la décision sur la ratification du traité sur la Cour pénale Internationale. Le Conseil constitutionnel semble reprendre à son compte (mais peut-être est-ce présent dans l'exposé des motifs du traité ou dans le traité lui-même ?) cette expression qui fait partie du vocabulaire, particulièrement du vocabulaire international des droits de l'homme avec une connotation peut-être jus-naturaliste ?

e) « droits fondamentaux des parlementaires »

Considérant que les auteurs de la saisine font grief au titre V de la loi d'être sans rapport direct avec l'objet de cette dernière et de constituer en lui-même une loi portant diverses mesures d'ordre social, adoptée en « contradiction avec les règles tant de présentation que d'examen des projets de loi ordinaires » ; qu'il méconnaît, selon eux, la distinction entre projets et propositions de loi, d'une part, et amendements, d'autre part ; qu'il doit être, en conséquence, « considéré comme contraire aux articles 39 et 44 de notre Constitution, ainsi qu'aux droits fondamentaux reconnus des parlementaires » ;

L'expression vient de la saisine, elle est équivalente de « droits très importants ».

Résumé de l'interrogation avec fondamental et dérivés : La présence de cet adjectif n'est pas massive dans la bouche du juge constitutionnel, sous réserve de plus amples investigations il ne semble pas non plus que la variation dans le temps soit significative.

Si l'on met de côté l'apparition de cet adjectif par référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », il ne semble pas que son emploi (avec d'autres noms que celui de « principe ») ait de fonction particulière, identifiable. L'emploi de cet adjectif est hétérogène. Fondamental est le plus souvent synonyme de constitutionnel (fonction rhétorique ?). L'adjectif apparaît également sans véritable fonction par emprunt au vocabulaire des droits de l'homme (sauf que dans ce vocabulaire l'emploi de l'expression n'est pas neutre, vision « jus naturaliste » ?)

III- Interrogation sur « principes essentiels ».

11 documents (sur l'expression au singulier aucun document). Parmi ces 11 documents : 3 décisions DC, 4 observations du Gouvernement, 2 saisines parlementaires, 2 répliques parlementaires.

Formulation des principes essentiels	Nbre dans décision	Nbre dans saisines	Nbre dans obsv Gvt	Commentaire
Principes essentiels sur lesquels reposent la protection de la liberté individuelle	1			
Principes essentiels de la liberté individuelle	1	1 ?		Pas de certitude sur la présence de l'expression dans la saisine
Total sur liberté individuelle	2			
Principes essentiels du droit de propriété et de la liberté d'établissement	1			
Principes essentiels du droit des valeurs mobilières			1	
Principes essentiels de la jurisprudence (issue de cette décision)			1	
Principes essentiels relevant de la compétence de l'Etat			1	L'expression est présente 2 fois
Principes essentiels de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante			1	L'expression est présente 2 fois
Principes essentiels de l'ordonnance de 1945		1 (député) 1(sénateur)		Expression présente 2 fois
Principes essentiels de la justice des mineurs		1 (député) 1 (sénateur))		Expression présente 1 fois

Expression principes essentiels comme synonyme de « philosophie » d'une législation

a) « Principes essentiels sur lesquels reposent la protection de la liberté individuelle »⁴⁴⁹.

Remarque préalable : dans cette même décision le CC qualifie la liberté individuelle de PFRLR⁴⁵⁰.

En l'espèce le Conseil Constitutionnel juge de la constitutionnalité de dispositions relatives aux pouvoirs des OPJ et des APJ. L'étendue de ces pouvoirs, leur nature non définie, le caractère général des cas d'exercice de ces pouvoirs, l'imprécision de la portée des contrôles les concernant sont contraires « aux principes essentiels de protection de la liberté individuelle » et « par suite » ces dispositions ne sont pas conformes à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel invalide donc les dispositions d'une loi parce qu'elles sont contraires au « principes essentiels » de la protection de la liberté individuelle.

Il semble alors que nous soyons sur un mode de raisonnement déjà rencontré avec l'utilisation de l'expression principes fondamentaux qui aurait tout aussi bien pu être utiliser à la place de l'expression « essentiels ». L'emploi de l'expression « principes essentiels » n'était pas totalement nécessaire à l'invalidation des dispositions législatives déferées. En effet, le Conseil constitutionnel aurait tout aussi bien pu dire que ces dispositions étaient *simplement* contraires à la protection de la liberté individuelle, pour justifier leur invalidation (puisque cette liberté venait d'accéder au statut constitutionnel). Peut-on alors dire que l'emploi de cette expression a une fonction rhétorique ? Il semble que l'emploi de cette expression sert au juge à légitimer sa décision. En effet, en insistant sur le fait que ces dispositions législatives n'affectent pas des modalités subalternes de la protection de la liberté individuelle mais bien ses principes essentiels, le CC justifie la décision d'invalidation (la loi comportant un article unique c'est toute la loi qui « tombe » d'où cette nécessité de légitimation renforcée ?) Par ailleurs, le CC ne dit pas avec précision ce que sont ces principes essentiels (que l'on peut cependant construire à contrario : nécessité de définir la nature et l'étendue des pouvoirs des OPJ et APJ, de prévoir avec précision les hypothèses d'intervention...). Donc cette expression est également pour le CC une façon de renvoyer à un corps de règles supposées connues (à une certaine « philosophie », à l'esprit d'un corps de

⁴⁴⁹ Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales

⁴⁵⁰ Par la suite la source de cette liberté évoluera pour être fondée sur l'article 64 de la Constitution puis, dans la jurisprudence actuelle, sur l'article 4 de la DDHC de 1789.

règles) mais qu'il est en réalité en train de construire (en tant que précisions apportées à la notion vague de protection de la liberté individuelle). Nous sommes alors dans la fonction d'extension et de comblement des lacunes avec un but assurer la prévalence de ces règles sur les dispositions législatives déferées. Cette idée de « philosophie » d'un corps de règle renvoi à une conception essentialiste du droit, construction ontologique du droit ?

Remarque peut-être peu judicieuse. Se faisant le CC peut donner à penser que la liberté individuelle, tout en étant de rang constitutionnelle, n'a pas de valeur absolue et que si seules ses modalités subalternes étaient altérées et bien cela ne vaudrait pas forcément invalidation. Ne peut on alors dire que la référence à cette expression est un élément de technique juridictionnelle en l'espèce du contrôle de proportionnalité du juge constitutionnel : celui-ci recherche dans quelle proportion le législateur atteint à un droit/une liberté (substantiel(le)) constitutionnel(le).

b) « Principes essentiels du droit de propriété et de la liberté d'établissement⁴⁵¹

Remarque : comme nous n'avons pas la saisine sur la base nous ne pouvons pas savoir avec certitude si cette expression était utilisée par la saisine.

Sur le droit de propriété : le CC se contente alors de citer la saisine : « considérant que , selon les auteurs de la saisine, ces dispositions mettraient en cause les principes essentiels du droit de propriété et de la liberté d'enseignement ». Ensuite le CC passe en revue les dispositions législatives concernées pour dire qu'elles ne portent pas « au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution ». Il ne reprend donc pas à son compte l'expression principes essentiels du droit de propriété et se contente de faire référence au droit de propriété « en général ». Si l'expression était bien utilisée par la saisine, on retrouverait la fonction rhétorique : l'utilisation de l'expression « principes essentiels du droit de propriété » n'est pas totalement nécessaire puisque la droit de propriété est de valeur constitutionnelle, néanmoins il s'agit alors montrer l'éminence de ces principes pour mieux réclamer l'invalidation des dispositions législatives. Par ailleurs, dans ce raisonnement du Conseil constitutionnel qui estime que le droit de propriété n'est pas en l'espèce l'objet « d'atteinte contraire à la Constitution » on est également dans un contrôle de proportionnalité. En effet implicitement, il ne dit pas le droit de propriété n'est pas atteint, il dit ne subit pas d'atteinte contraire à la Constitution c'est-à-dire d'atteintes graves.

Sur la liberté d'établissement : le CC dit « en ce qui concerne la liberté d'établissement, qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de réglementer les

⁴⁵¹ Décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984 Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage

conditions d'établissement d'un exploitant agricole ». Il ne reprend pas à son compte l'expression « principes essentiels de la liberté d'établissement, dans le cadre d'un considérant où il ne semble pas reconnaître l'existence d'un tel principe. Autrement dit, le principe peut d'autant moins être qualifié d'essentiel, qu'il n'a pas de valeur constitutionnelle.

c) « Principes essentiels de la liberté individuelle »⁴⁵²

L'expression est contenue dans une espèce de « chapeau » à la suite duquel sont analysés une série d'articles de la loi (on comprend donc que ces articles mettent potentiellement en cause les principes essentiels de la liberté individuelle). Fonction rhétorique : puisque la liberté individuelle est bien de valeur constitutionnelle. Façon d'insister sur la gravité des « infractions législatives » à cette liberté afin de légitimer les invalidations. L'emploi de cette expression est pour le CC une façon de renvoyer à un corps de règles supposées connues mais qu'il est en réalité en train de construire (en tant que précisions apportée à la notion vague de protection de la liberté individuelle ; on apprend notamment à la lecture de cette décision que la liberté d'aller et venir est une liberté individuelle ainsi que la liberté du mariage). Nous sommes alors en présence de la fonction d'extension et de comblement des lacunes avec un but assurer la prévalence de ces règles sur les dispositions législatives déferées. Nous sommes également dans le contrôle de proportionnalité, donc l'idée semble confortée que l'expression de principes essentiels sert la technique du contrôle de proportionnalité (ie si pas principes essentiels en cause alors loi conforme).

IV- Interrogation sur « principe général » et « principes généraux »

Recherche sur l'expression « *principe général* » et « *principes généraux* » dans les décisions DC de conformité

a) Principe général : lorsque l'on fait la recherche sur cette expression dans les décisions, 8 documents apparaissent dont 5 seulement sont des décisions du Conseil constitutionnel.

Les autres documents sont soit des saisines ou encore des observations du gouvernement.

⁴⁵² Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France

La période s'étend du 13 janvier 1994 au 13 mars 2003.

- Principe général de non rétroactivité : On relève alors que c'est un argument des auteurs de la saisine. Lorsque le C.C reprend ce principe il ne le qualifie pas de principe général, il se contente de parler de principe de non-rétroactivité. (cela ne change rien à son appréciation). En l'espèce le législateur n'y ayant pas dérogé, le texte n'est pas contraire à la Constitution non plus à aucune règle ni aucun principe à valeur constitutionnelle.

- Principe général à valeur constitutionnelle : Il refuse alors d'élever au rang de principe général à valeur constitutionnelle le principe de la transparence des activités publiques.

- Principe général selon lequel le silence de l'administration vaut rejet

- Principe général de proportionnalité

- Principe général du droit pénal : Lorsque le Conseil constitutionnel évoque le principe général du droit pénal il parle de la règle qui dit : « *il n'y a point de délit sans intention de le commettre* » Il parle d'un principe général d'une branche du droit, synonyme certainement des éléments directeurs de cette branche. Mais apparemment cette consécration ne joue pas un rôle dans la décision dans la mesure où il va contrôler la conformité du texte par rapport aux dispositions de la DDHC.

b) Principes généraux : A l'issue de la recherche portant sur cette expression, on constate que 19 documents apparaissent. 17 documents sont exploités. Les deux décisions restantes sont des décisions L. La période s'étend du 22 juillet 1980 au 13 mars 2003.

Les principes généraux dégagés sont les suivants :

- principes généraux du droit

- principes généraux des pensions publiques

- principes généraux définissant les obligations des différentes catégories des services de communication audiovisuelle

- principes généraux applicables au droit de suffrage

- principes généraux du droit et notamment des droits de la défense

- principes généraux du code de procédure pénale

- principes généraux applicables aux TOM

- principes généraux du droit du travail

- principes généraux du droit et notamment le respect des droits de la défense

- principes généraux du droit public international

- principes généraux relatifs respectivement aux comptes de trésorerie

et à la comptabilité générale de l'Etat

- principes généraux du nouveau système de remboursement des médicaments
- principes généraux du droit pénal

Dans la première décision, les principes généraux sont cités à côté d'autres sources du droit telles que la loi ou le règlement. Dans certains cas des principes sont invoqués par les auteurs de la saisine sans qu'ils ne soient repris par le Conseil constitutionnel. Si le principe est repris il l'est sans la qualification de principe général : ex principes généraux applicables au droit de suffrage sont invoqués par les auteurs de la saisine. Le C.C se contente de dire que le droit de suffrage est protégé par l'article 3 de la Constitution.

Dans d'autres décisions, l'expression « principes généraux » est synonyme d'ensemble de règles : ex la loi intègre des principes généraux définissant les obligations des organismes visés par ce texte ou encore principes généraux applicables aux TOM

Dans une décision, le C.C.a donné un contenu aux principes généraux du droit. En effet lorsqu'il opère son contrôle afin de voir si le législateur n'était pas en deçà de ses compétences, il analyse la loi au regard des principes généraux et notamment les droits de la défense.

V- Aucune décision avec « principe supérieur »

PRINCIPES FONDAMENTAUX ET CONSEIL D'ETAT

La recherche sur les arrêts du Conseil d'Etat a été faite du 1^{er} janvier 1964 au 31 décembre 2002, soit sur 38 ans.

- du 1^{er} janvier 1984 au 30 juin 2002 sur les juridiques Lamy
- de 1983 à 1967 sur Legifrance
- de 1967 à 1964 ainsi que pour le second semestre 2002, sur Lamyline.

La cohérence des différentes bases de recherche était assurée par la référence systématique à une liste de résultats éditée à partir de Lamyline, par l'interrogation « principe* pre/5 fondament* »

I- Les éléments statistiques

A- Nombre de décisions identifiées

L'interrogation a donné 344 arrêts.

EVOLUTION

Les décisions mentionnant l'expression "principes fondamentaux sont relativement rares". En général, moins de 10 arrêts par an y font référence, à l'exception de la période s'étendant de 1992 à 1999 durant laquelle il est possible de dénombrer jusqu'à 38 arrêts par an recourant aux "principes fondamentaux". Mais ces années ne doivent pas pour autant être interprétées comme témoignant d'une recrudescence des principes fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : en effet, elles ont pour particularité que plusieurs décisions portent sur la **même question** : 21 arrêts sur 38 en 1999 portent sur une question spécifique aux établissements thermaux, 16 sur 29 en 1998 sur l'application des principes fondamentaux de la loi de 1984 aux centres de formations d'apprentissage, 47 de 1989 à 1996 sur le statut de cadre des emplois territoriaux. Si l'on neutralise ce faux effet d'augmentation, la répartition redevient alors assez homogène.

Statistiquement, aucune progression significative ne peut être relevée : de 1996 à 2001, le nombre de décisions principes fondamentaux représente autour de 0.1 % des arrêts rendus par

le Conseil d'Etat, sans augmentation régulière (1996 : 0.149 ; 1997 : 0.104 ; 2000 : 0.098 ; 2001 : 0.122)

Une **évolution** se dessine en 2002 et pourrait à l'avenir augmenter sensiblement les décisions apparaissant à la suite de l'interrogation par mots clés : dans les arrêts rendus suite à un recours contre une ordonnance du juge des référés ou dans les arrêts relatifs à une procédure d'admission du pourvoi en cassation, les moyens des parties sont rappelés, en visa ou dans un considérant. L'invocation de « principes fondamentaux » y est plus fréquente, le Conseil d'Etat ne prenant en général pas la peine d'y répondre. C'est donc un simple changement de technique rédactionnelle lié à certains contentieux qui explique l'apparition plus fréquente de l'expression, mais il ne se traduit pas par une évolution significative de sa mobilisation par le juge administratif.

B- Nombre de décisions retenues

Les 344 décisions signalées par la base de données ont été retenues, pour deux raisons, l'une tenant à la structure des décisions du Conseil d'Etat, l'autre à sa position à l'égard de la notion de principes fondamentaux : d'une part, les arrêts du Conseil d'Etat ne faisant pas (ou peu) figurer les moyens des requérants, l'interrogation figure nécessairement dans les motifs de l'arrêt ; d'autre part, le Conseil d'Etat ayant une utilisation rigoureuse de la notion, elle n'apparaît jamais hors champ.

DETAIL :

année	Nbre de décisions pertinentes mentionnant l'expression	année	Nbre de décisions pertinentes mentionnant l'expression
1964	4	1983	6
1965	7	1984	3
1966	7	1985	4
1967	8	1986	7
1968	8	1987	4
1969	14	1988	8
1970	4	1989	8
1971	7	1990	6
1972	1	1991	2
1973	5	1992	10
1974	6	1993	13
1975	3	1994	27
1976	1	1995	25
1977	6	1996	11
1978	4	1997	7
1979	7	1998	29
1980	8	1999	38
1981	4	2000	6
1982	4	2001	9
		2002	11

II- L'ENONCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX :

Sur les 344 décisions étudiées, seules 68 ne relèvent pas des principes fondamentaux visés à l'article 34 de la Constitution (parmi les 68, 16 sont relatives à des PFRLR). L'utilisation des principes fondamentaux par le Conseil d'Etat se résume donc très largement à une application de l'article 34.

Les principes fondamentaux de l'article 34	
principes fondamentaux de l'article 34 (général)	9
principes fondamentaux du droit du travail	21
principes fondamentaux du droit syndical :	4
principes fondamentaux de l'enseignement :	19
principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales	32
principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels, des ob...	22
principes fondamentaux du régime de la propriété :	8
principes fondamentaux de la sécurité sociale	81 (dont 21 sur la même question) (souvent annulation)
principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales	68 (dont 47 sur la même question des cadres territoriaux)
Sous-Total	264
(de manière très surprenante, un arrêt (30 novembre 1979 ⁴⁵³) recourt à un principe fondamental non visé par l'article 34 (principes fondamentaux de l'obligation d'assurance) et annule un arrêté à ce titre).	
PRINCIPES FONDAMENTAUX RECONNUS PAR LES LOIS DE LA REPUBLIQUE :	
liberté d'association	3
garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur	6
l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger quand celle-ci est demandée dans un but politique :	1 (l'arrêt KONE)
respect des droits de la défense	1
principe laïcité	2
gratuité de l'école	1
Sous-Total	14

⁴⁵³ C.E. 6 et 2 SSR, n° 15 935 et 17 366, Recueil Lebon.

AUTRES PRINCIPES FONDAMENTAUX	
principes fondamentaux (général)	3
principes fondamentaux de l'organisation des caisses de sécurité sociale	1
principes fondamentaux régissant l'exercice de la pharmacie d'officine	1
égalité des citoyens devant les charges publiques	1
publicité des débats judiciaires	1
principe fondamental de la parité	1
principe fondamental de la continuité du service public	1
principe fondamental selon lequel le droit de préemption s'exerce au prix du marché	1
principes déontologiques fondamentaux	11
principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine	1
principes fondamentaux de la médecine libérale	1
principes fondamentaux applicables à l'ensemble des formations qui relèvent de l'autorité ou du contrôle du Ministre de l'Education Nationale	16
principes fondamentaux des droits de la défense	2
principe fondamental de protection des structures paysagères sur le territoire du parc	1
principe fondamental de séparation des ordonnateurs et des comptables	1
principe déontologique fondamental du libre choix du médecin par le patient	1
principe fondamental du traité CEE	1
principes fondamentaux des obligations commerciales	2
principes fondamentaux qui s'imposent en matière de droits de la personne et de protection des travailleurs handicapés	1
principes fondamentaux du commerce et de l'industrie	1
Sous-total	49
Total	327

III- L'origine des principes fondamentaux

Le nombre des principes fondamentaux trouvés dans les arrêts du Conseil d'Etat est limité par **les textes** recourant à cette expression. En effet, le Conseil d'Etat n'utilise jamais l'expression en dehors de son renvoi par un texte qu'il est chargé d'appliquer.

Parmi eux, principalement, l'article 34 de la Constitution et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Plus subsidiairement, la référence peut être tirée des : Code de la Déontologie médicale, Code de la santé publique (article 365 notamment), Constitution, Déclaration Universelle des droits de l'homme, article 33 du décret du 14 février 1959 relatif aux commissions administratives paritaires et aux comités techniques paritaires, article L211-8 al. 3 du Code l'urbanisme, articles L162-2 et L257 du Code de la sécurité sociale, article 12 de la loi du 26 janvier 1984 sur les formations relevant du contrôle du ministre de l'Education nationale, article L131-11 du Code des juridictions financières, traité de l'UE. Dans les très rares cas dans lesquels un autre principe fondamental serait invoqué, le Conseil d'Etat rappelle, au mieux, qu'il n'existe pas (30 mars 1990⁴⁵⁴).

Pour la catégorie « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », le Conseil d'Etat reprend les principes dégagés à ce titre par le Conseil constitutionnel, bien que cette origine ne soit que rarement précisée par le Conseil d'Etat (2 arrêts seulement) qui préfère indiquer généralement que ces principes se déduisent des préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et du 4 octobre 1958 (5 arrêts) ou encore de la loi du 1er juillet 1901 (un arrêt) pour la liberté d'association ; ou, bien souvent encore, il n'indique même pas d'où « sort » le principe (8 arrêts). L'origine de ces principes est donc double : **texte et jurisprudence du Conseil** (à l'exception de l'arrêt Koné, dans lequel le Conseil d'Etat dégage lui-même un principe fondamental reconnu par les lois de la République).

Pour les autres catégories, le Conseil d'Etat identifie (lorsqu'il le fait) lui-même les principes relevant de la catégorie, sans précision sur les critères lui permettant de recourir à cette qualification.

⁴⁵⁴ 10 et 4 SSR, 76538, 76602 et 76795

IV- Les fonctions des principes fondamentaux

A- La fonction en général

La fonction des principes fondamentaux est précise : **apprécier la validité** d'un acte réglementaire. L'invocation de la violation de **l'article 34** de la Constitution n'est pas vaine : dans 49 arrêts (dont 21 sur une même question), le texte attaqué est déclaré **contraire** à l'art 34.

Dans les autres arrêts, l'absence d'empiètement sur le domaine réservé au législateur est souvent le fait **d'une habilitation législative** (102 arrêts, dont 47 sur les cadres territoriaux). La formule est apparue progressivement : très implicite dans les années 1980, parfois confondue avec l'idée d'application de la loi, elle s'affirme au début des années 1990, trois arrêts allant jusqu'à relever la violation de l'art 34 par l'absence d'habilitation législative. Depuis, la formule est bien maîtrisée.

Hors article 34, la référence joue principalement les mêmes rôles : écarter ou annuler l'application d'une disposition (légale ou réglementaire) ; ou simplement dire ce qui entre dans le domaine de tel principe fondamental reconnu par les lois de la République ; ou pour annuler une décision juridictionnelle car l'autorité n'était pas compétente en vertu du principe fondamental reconnu par les lois de la République. En tous cas, il est clair que le principe est posé ou reconnu comme norme supérieure jouant ainsi dans la majorité des cas le rôle d'une **règle d'éviction** permettant d'écarter l'application d'une règle.

D'une manière générale, la motivation s'est **perfectionnée** : sur les premières années étudiées, le Conseil d'Etat se contente souvent lapidairement d'un « *le texte prévoyant ceci n'empiète pas les principes fondamentaux* » ou renvoie à la nature de texte d'application du décret. Aujourd'hui, ces formules sont absentes : le Conseil d'Etat prend soit le soin de relever l'habilitation législative de manière détaillée, soit celui de retracer le syllogisme en partant de l'art. 34. Certains considérants sont tout particulièrement didactiques.

B- La fonction au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat

Il n'existe, à notre avis, aucune fonction particulière des principes fondamentaux pour le juge administratif. La fonction de ces principes est celle de critère de répartition des compétences. Or, cette fonction lui a été attribuée par le constituant ou le législateur, et non par le juge, qui se contente, on ne peut plus simplement, de vérifier le respect de cette répartition de compétences, au cas par cas. L'étude en la matière serait alors plus intéressante dans une analyse sur les principes fondamentaux dans les textes : pourquoi le constituant et le législateur recourent-ils à ce critère pour la répartition de compétences ? Si l'idée selon laquelle le choix des termes de « principes fondamentaux » trahissait dans l'esprit du constituant une volonté de distinguer entre règles générales et règles de détail, il sera alors possible de rechercher si l'application qui en est faite par le Conseil d'Etat (et par le Conseil constitutionnel) confirme cette position ou au contraire a fait évoluer la fonction des principes fondamentaux. Pour l'heure, le principal apport de la jurisprudence, et encore celui-ci est très timide, consiste à préciser parfois le contenu d'une catégorie de principes fondamentaux, apport qui n'a aucun impact, ni sur la notion de principes fondamentaux, ni sur son rôle.

Fondamentalement, les principes fondamentaux tels qu'on les trouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat permettent le contrôle d'une règle, mais ce contrôle se fait par l'interprétation de la catégorie.

Les fonctions identifiées devant les autres juridictions ne peuvent pas être transposées à l'application de l'article 34 de la Constitution (tout en restant pertinente pour les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) : il n'y a ici aucune extension de règle ni comblement de lacune. Il pourrait être envisagé d'y voir une prévalence des principes fondamentaux, ceux-ci étant réservés à la compétence du législateur. Mais cette vision n'est permise qu'en admettant par présupposé que le domaine relevant du législatif est placé à une position hiérarchique supérieure de celui attribué au réglementaire, là où il semble plutôt y avoir répartition de compétences. Qui plus est, ici encore, seul le texte de l'article 34, et non le Conseil d'Etat, peut se voir prêter une telle vision de la matière.

Il ne saurait dès lors être question devant cette juridiction d'une recrudescence du recours aux principes fondamentaux. Cet essor se fait peut-être pour les notions de « droits fondamentaux » ou « libertés fondamentales », ce qui est sans incidence sur la catégorie « principes fondamentaux » qui est, pour le Conseil d'Etat, un objet parfaitement et strictement limité.

EQUIVALENTS FONCTIONNELS ET CONSEIL D'ETAT

Les premiers tests effectués sur les arrêts du Conseil d'Etat confirment ce qui ressortait assez nettement de la première étape de la recherche, c'est-à-dire la **très grande rigueur** de la juridiction dans l'utilisation des termes « principes fondamentaux », **strictement limités** aux catégories ainsi désignées par les textes constitutionnels.

Les tests ont été effectués en suivant deux méthodes :

- la première a consisté à faire des interrogations sur des expressions voisines
- la seconde a inversé la démarche en partant de l'intitulé d'un principe généralement qualifié de « fondamental » pour voir s'il était parfois désigné autrement.

Les interrogations ont été faites sur le site Legifrance, et réactualisées en juillet 2004.

Les résultats sont assez nets, quelle que soit la démarche utilisée :

I- SUR L'INTERROGATION PAR EXPRESSIONS PROCHES (PAR ECHANTILLONS) :

- « principe **essentiel** » :

L'expression n'est pas utilisée par le Conseil d'Etat. Elle n'apparaît qu'à deux reprises, pour reprendre l'intitulé d'une décision d'un Ordre des avocats : C.E., 6 et 4 SSR, 27 juillet 2001, n° 191706, Lebon, mentionnant « la décision n° 97-001 du 13 septembre 1997 du Conseil national des barreaux définissant les principes essentiels de la profession d'avocat ».

- « principe **supérieur** » :

82 arrêts font apparaître « principe » et « supérieur » mais les arrêts trouvés par mots clés n'ont rien à voir avec la consécration d'un "principe supérieur" mais plutôt à une coïncidence dans la syntaxe de la phrase : « principe » apparaît ainsi dans la phrase et, juste après, Conseil « supérieur » de l'audiovisuel (C.E., 5 SS, 21 novembre 2003, n° 248261, inédit) ou enseignement « supérieur » (C.E., 8 et 3 SSR, 30 décembre 2003, n° 251820, inédit). Aucun arrêt ne comporte l'expression « principe supérieur ».

- « **droits fondamentaux** » :

Bizarrement, l'expression est **peu** utilisée par le Conseil d'Etat. 30 décisions seulement répondant à l'interrogation « droits fondamentaux ». Surtout, leur lecture témoigne de l'absence de volonté du Conseil d'Etat de recourir à l'expression.

Dans un premier groupe d'arrêts (11), l'expression est utilisée par le requérant, sans être suivi dans cette voie par le Conseil d'Etat (ex : CE, 5 et 3 SSR, 9 mai 1990, n° 73681, Lebon).

Dans le second groupe d'arrêts, l'expression apparaît indirectement, par le biais de textes la mentionnant. Ainsi, le 5 juillet 2004, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt dans lequel la référence apparaît à travers le premier paragraphe de l'article 7 de la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 appliqué par le Conseil d'Etat (5 et 4 SSR, n° 255589, Lebon : « Considérant que le premier paragraphe de l'article 7 de la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989, à laquelle la France est partie, stipule que tous les éléments des services de programmes, par leur présentation et leur contenu, doivent respecter la dignité de la personne humaine et les **droits fondamentaux** d'autrui »).

Une autre utilisation est certainement destinée à augmenter à l'avenir : l'expression « droits fondamentaux » dans les arrêts du Conseil d'Etat apparaît fréquemment dans les arrêts visant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (C.E. 28 mai 2004, 8 et 3 SSR, n° 252159, inédit ; CE, 4 et 6 SSR, 30 juillet 2003, n° 247376, tables ; CE, Président section contentieux, 5 mai 2003, n° 250554, inédit ; CE, 9 et 10 SSR, 25 avril 2003, n° 240139, inédit ; CE, 6 et 4 SSR, 19 mars 2003, n° 234073, tables). Cette référence a pris la place de la référence antérieure au paragraphe 2 de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, selon lequel « l'Union respecte les droits fondamentaux "tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire" (CE, 10 et 9 SSR, 24 janvier 2001, n° 21484, Lebon). Au total, 18 arrêts mentionnent par ce biais les « droits fondamentaux »⁴⁵⁵.

- « **principe général** » :

Les résultats sont, sans surprise, importants quantitativement 1125 arrêts. Les règles ainsi désignées ne sont pas les mêmes que celles dénommées « principes fondamentaux », comme

⁴⁵⁵ le 30^{ème} arrêt est non pertinent, l'expression ne figurant que dans la dénomination d'une association.

il ressort de l'interrogation par contenu. Cependant, cette présence assez importante peut avoir une autre utilité pour la recherche : la première étape a mis en évidence la spécificité de l'utilisation des termes « principes fondamentaux » par le Conseil d'Etat, les autres juridictions y recourant notamment pour des **fonctions d'extension ou de prévalence**. Le Conseil d'Etat recourt peut-être à la terminologie « principes généraux » pour remplir ces mêmes fonctions. La doctrine administrativiste confirme cette utilisation fonctionnelle.

Mais l'hypothèse envisagée trouve un début de confirmation en changeant une fois encore de démarche : devant la Cour de cassation, le **principe de faveur** est la règle la plus fréquemment invoquée en tant que « principe fondamental ». Or, une interrogation complète sur Legifrance Conseil d'Etat révèle la présence de cette règle : parfois qualifiée simplement de « principe » (et ce, alors même que les plaideurs invoquaient un « principe fondamental »), le Conseil d'Etat la rebaptise à plusieurs reprises « principe **général** du droit du travail » (6 oct 1999, M. Benne ; 8 juillet 1994, CGT ; 27 juillet 2001, Fed nationale des transports FO).

- "règle fondamentale" :

L'interrogation menée par l'entrée « règle fondamentale » aboutit à un total de **75** décisions (dont une en 2003).

Pour la quasi-intégralité, ces décisions sont **non pertinentes**. Une douzaine d'arrêts ne fait apparaître les termes que **dans le titrage**, dans deux mots-clés distincts.

L'immense majorité des arrêts mentionnent bien les termes « règle » et « fondamentale » mais ceux-ci ne se retrouvent à proximité qu'en raison de la **tournure de la phrase** : il ne s'agit pas à aucun moment de la désignation d'une norme sous l'expression « règle fondamentale » :

* presque toutes les décisions analysées reprennent la formule selon laquelle l'article 34 laisse au législateur le soin de « fixer les *règles* concernant les garanties *fondamentales* » (des citoyens, des fonctionnaires...)

* quelques décisions, dans les années les plus récentes, utilisent des tournures de phrases rapprochant « règle » de « fondamentale » par l'invocation de la CEDH : ex : « l'article 6 de la CEDH et des libertés *fondamentales* n'énonce aucune *règle* » ou « ni l'article 6 de la CEDH et des libertés *fondamentales*, ni aucune autre *règle* de procédure »

Dans deux décisions, l'expression « règle fondamentale » est **bien utilisée mais pas par le Conseil d'Etat** :

- * parce qu'elle est mentionnée *dans une lettre* d'un TPG à un contribuable (CE, 10 et 4 SSR, 25 mars 1981, n° 22399, tables)
- * parce que *le moyen* invoque la violation des « règles fondamentales de la fonction publique », moyen rejeté en ce que la requérante « n'accompagne ce moyen d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien fondé » (CE, 18 février 1998, n° 170832)

Deux décisions utilisent l'expression « règle fondamentale » de façon **pertinente** :

- dans l'une, l'expression, s'appliquant au statut des fonctionnaires, semble être un simple **synonyme** des termes « garanties » et « principes » traditionnellement utilisés par le Conseil d'Etat à cet endroit : 11 juillet 1975, n° 95293, Ass.⁴⁵⁶. A cet égard, cette décision s'inscrit dans la tendance déjà observée du recours par le Conseil d'Etat au terme de « règle » comme synonyme de « principe » (cf. interrogation sur « règle »)
- dans l'autre, l'expression semble être une véritable qualification de « règle fondamentale », utilisé ici au sens de **principe, par opposition à exception** : la règle ainsi qualifiée est celle du caractère exécutoire, le sursis à exécution étant l'exception : 2 juillet 1982, n° 25288 25323, Ass.⁴⁵⁷

Il est à noter que depuis plus de vingt ans, le Conseil d'Etat n'a plus utilisé l'expression « règle fondamentale ».

⁴⁵⁶ « considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur que le législateur n'a pas entendu déroger, en ce qui concerne le personnel de cet enseignement, *aux règles fondamentales du statut des fonctionnaires* lesquelles, d'ailleurs, constituent des garanties essentielles de l'indépendance des enseignants affirmée par la même loi ; qu'il appartient, dès lors, aux autorités de l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application des règles fondamentales de ce statut sans qu'y puisse faire obstacle l'autonomie des établissements publics à caractères scientifique et culturel ; considérant que *parmi ces règles fondamentales figure* le droit d'un fonctionnaire à être nommé dans un emploi vacant de son grade : que le fonctionnaire titulaire régulièrement placé, sur sa demande, en position de disponibilité n'a pas rompu le lien qui l'unit à son corps et a donc droit, à l'issue de cette disponibilité, à y être réintégré et pourvu d'un emploi par des mesures qui, lorsque les modalités n'en sont pas définies par les dispositions statutaires qui lui sont applicables, doivent intervenir dans un délai raisonnable ; que par suite un membre titulaire d'un corps enseignant qui sollicite sa réintégration à l'issue d'une période de mise en disponibilité est en droit d'obtenir de l'Etat qu'il soit pourvu, dans les conditions susindiquées, d'un emploi de sa qualification »

⁴⁵⁷ Sur la légalité de la disposition attaquée : Cons. que les décisions du président et des présidents adjoints de la section du contentieux ont pour seul objet de suspendre provisoirement les effets d'un jugement du tribunal administratif ordonnant le sursis à exécution d'une décision administrative qui a un caractère exécutoire ; que ce caractère est la *règle fondamentale* du droit public et que le sursis à exécution n'est pour le juge qu'une simple faculté, alors même qu'existent des moyens sérieux d'annulation et un préjudice difficilement réparable ; que la mesure de suspension est imposée par la nécessité de rétablir dans l'intérêt général et dans le plus court délai, la possibilité pour l'administration d'exécuter la décision administrative prise ; qu'elle ne préjuge aucune question de droit ou de fait et n'intervient qu'à titre provisoire à l'occasion d'un appel formé contre le jugement de sursis du tribunal administratif sur lequel les formations du Conseil d'Etat qui demeurent saisies, statueront suivant la procédure et dans les formes habituelles ; qu'ainsi les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'article 1° du décret attaqué aurait soit créé un nouvel ordre de juridiction ou violé l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, soit porté atteinte aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques soit méconnu des principes généraux de procédure s'appliquant aux décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux ; que ledit décret n'a pas davantage violé l'égalité des citoyens devant la justice

II- SUR L'INTERROGATION PAR INTITULES (INTERROGATION EXHAUSTIVE) :

- Pour l'art. 34 :

Interrogation sur « **libre administration des collectivités territoriales** ».

Sur les 60 décisions proposées par le moteur de recherche, 6 ne sont pas pertinentes.

23 utilisent l'expression « principes fondamentaux » (ex. : CE, 7 et 10 SSR, 16 octobre 1995, n° 129236, inédit).

Parmi les 31 décisions restantes, 15 font figurer le principe dans le rappel du grief formulé par le requérant (ex., C.E. 6 et 2 SSR, 30 décembre 1996, n° 136796, inédit ; CE 6 et 2 SSR, 9 décembre 1996, n° 126504, inédit).

La règle apparaît à 10 reprises sans l'expression « principe fondamental » mais avec la référence à un article de la Constitution (34 ou 72) ou même sans cette dernière indication expresse mais dans le cadre de son utilisation (visant la seule « libre administration des collectivités locales, v. par ex. CE, Ass., 12 décembre 2003, n° 236442, Lebon ; CE, 3 SS, 23 avril 2003, n° 251379, inédit ; pour le « principe de la libre administration des collectivités locales, CE, 6 et 4 SSR, 23 février 2000, n° 168541 ; pour le « principe de libre administration des collectivités territoriales reconnu par l'article 72 de la Constitution », CE, 9 et 10 SSR, 8 mars 2002, n° 236587, inédit ; visant le « principe de libre administration des collectivités territoriales fixé par l'article 34 de la Constitution », CE, 4 et 1 SSR, 27 juin 1994, n° 86293 et 86342, tables).

Seul équivalent fonctionnel identifié, à trois occasions : le « **principe constitutionnel** », venant confirmer le sens déjà constaté de l'expression « principe fondamental » pour le Conseil d'Etat (CE, 1 et 2 SSR, 21 mars 2003, n° 250777, 2522906 et 252053, inédits).

A noter, à trois reprises également, la règle est qualifiée de « **liberté fondamentale** » (C.E., 3 et 8 SSR, 12 juin 2002, n° 246618, Lebon : « que de telles mesures portent une atteinte grave et manifestement illégale à la libre administration des collectivités locales, laquelle constitue une liberté fondamentale que l'article L. 521-2 du code de justice administrative vise à sauvegarder » ; CE, Section, 18 janvier 2001, n° 229247, Lebon : « si le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé par l'article 72 de la Constitution, est au

nombre des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une protection juridictionnelle particulière »)

- Pour les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République :

Interrogation sur « **indépendance professeurs de l'enseignement supérieur** » et « **liberté d'association** » :

Sur ces deux règles, la rigueur terminologique du Conseil d'Etat se confirme : elles ne sont jamais qualifiées autrement que de « fondamentales ». Sur les 15 arrêts « indépendance professeur enseignement supérieur », 7 recourent à la formule traditionnelle de « principes fondamentaux » (ex., CE, 4 et 5 SSR, 7 juin 2004, n° 251173). 7 autres arrêts visent le principe par son contenu, sans qualificatif, éventuellement avec sa qualité de « principe » (ex. CE, 7 et 5 SSR, CE 30 décembre 2003, n° 245677, tables ; CE 28 juillet 2000, n° 183460, inédit, reprenant la formule classique : « Considérant que la garantie de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République »).

Les décisions « liberté d'association » sont encore plus variées. Sur les 62 proposées par le moteur de recherche du site Legifrance, 15 sont non pertinentes, 3 n'utilisent la formule que dans le rappel du moyen. Les autres recourent à la formule de « principe fondamental » (CE, 10 SS, 15 juin 1994, n° 119871, inédit ; CE, Ass., 29 avril 1994, n° 119562, Lebon ; CE, Ass., 22 janvier 1988, n° 80936, Lebon). A une occasion, l'arrêt renvoie, toujours à l'article 34, mais aux garanties fondamentales qui y sont visées (CE, 10 et 8 SSR, 25 mars 1988, n° 65175, Lebon) : « le décret attaqué, qui impose aux associations tenant un livre généalogique des obligations non prévues par la législation en vigueur sur les associations, en édictant ces règles a méconnu les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi la fixation des règles concernant "les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" au nombre desquelles figure la liberté d'association ». 38 utilisent la formule sans qualificatif, éventuellement avec la qualité de « principe ». Ces utilisations ont souvent lieu lors de l'invocation de conventions internationales protégeant la liberté d'association, la Convention EDH étant invoquée 24 fois à l'appui de la « liberté d'association », qui à cet endroit, n'est jamais qualifiée par le Conseil d'Etat de « fondamental », témoignant une conception très stricte de l'utilisation de cet adjectif (ex. pour la CEDH, CE, 6 SS, 28 décembre 2001, n° 214675, inédit ; CE, 22 novembre 2000, n°

211287, inédit ; CE 5 et 3 SSR, 7 juin 1999, n° 188812, Lebon ; pour l'article 22 du pacte international relatif aux droits civils et politiques : CE 8 et 3, 29 janvier 2003, n° 238069, inédit)

Enfin, seule exception, comme dans le cadre de l'article 34, les règles sont parfois qualifiées de « **principe à valeur constitutionnelle** » (CE 4 et 1 SSR, 24 septembre 1999, n° 196923, inédit : « peuvent seuls se prévaloir utilement du principe à valeur constitutionnelle d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur leur garantissant une représentation propre et authentique dans les conseils universitaires » ; CE, 10 et 7 SSR, 28 mars 1997, n° 182912, Lebon : « méconnaît le principe de la liberté d'association, lequel a valeur constitutionnelle » ; CE, 6 et 2 SSR, 9 février 1979, n° 97821, Lebon : « (les dispositions de la Constitution garantissant la liberté d'association »). L'assimilation, pour le Conseil d'Etat, de la qualification de « fondamental » et de sa source constitutionnelle est bien assise.

PRINCIPES FONDAMENTAUX ET COUR DE CASSATION

La recherche sur les arrêts de la Cour de cassation a été faite du 1^{er} janvier 1959 au 31 décembre 2002.

- du 1^{er} juillet 2002 au 31 décembre 2002 sur Legifrance à partir de deux interrogations : « fondamental » et « fondamentaux ».

- du 1^{er} janvier 1984 au 30 juin 2002 sur les jurisprudences Lamy à partir de l'interrogation « principe* proche 5 fondamenta* ».

- avant 1984, sur Lamyline à partir de l'interrogation « principe pre/5 fondament* ».

I- Les éléments statistiques

A) nombre de décisions identifiées

Après avoir éliminé les décisions hors champ (exemple le plus fréquent, notamment devant la Chambre criminelle : « sur le moyen tiré de la violation de l'article...de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe... »), la recherche a permis d'identifier **plus de 900 décisions dans lesquelles apparaissent les termes « principe fondamental » ou « principes fondamentaux »**.

Sans distinguer dans un premier temps l'origine (les parties ou le juge) de l'occurrence, on constate une augmentation progressive l'utilisation de l'expression. Pour donner un exemple, on a dénombré 13 arrêts en 1984 pour aboutir à 80 arrêts en 2001. L'année 2002 est en revanche un peu à part : alors qu'en 2000 et 2001, on a dénombré environ 80 arrêts, on retombe à 42 en 2002. Il est cependant possible d'avancer une explication : sur la deuxième moitié de l'année 2002, la recherche n'a pas été faite sur les jurisprudences Lamy, mais sur Legifrance, qui ne donne pas accès aux moyens des parties. Or, comme nous allons le voir, ce sont principalement les parties, et beaucoup plus rarement la Cour de cassation qui utilisent l'expression principe fondamental.

B) nombre de décisions retenues

Si on enlève, de cette première sélection, les décisions dans lesquelles les termes ont été invoqués par les parties (soit dans les moyens annexés, soit dans la décision même), mais non repris par la Cour de cassation, on obtient **115 décisions dans lesquelles la Cour de cassation utilise dans ses motifs, ou dans un visa, les termes principe fondamental** (Cf. tableau *infra*). On est donc loin d'un éventuel abus dans cette utilisation.

1°) répartition par année

Si on s'intéresse à la répartition de ces arrêts sur la période étudiée, deux constatations doivent être faites :

- le premier arrêt dans lequel apparaît l'expression date de 1970. Si l'expression « principe fondamental » est utilisée avant cette date, c'est donc dans les moyens au pourvoi ou dans la décision attaquée.

- on constate un bond dans l'utilisation de l'expression en 1996. De 1959 à 1996, que l'on peut qualifier de période creuse, une, deux (voire aucune) décisions sont rendues chaque année. En 1996, on a tout à coup 15 décisions, et par la suite une dizaine environ de décisions rendues chaque année.

Deux chiffres s'écartent un peu de ce schéma général. D'abord, l'année 1994, qui se situe dans la période creuse, mais au cours de laquelle il a été rendu 8 décisions, dont 7 par la chambre sociale. Ces arrêts utilisent le principe dit de faveur, apparu quelques mois plus tôt devant cette même chambre, ce qui explique ce chiffre un peu exceptionnel. Ensuite, l'année 1999, qui se situe dans la période faste, au cours de laquelle on a été rendues 23 décisions, soit pratiquement le double des décisions rendues chaque année. Cette fois, c'est l'existence d'une « série » de 13 décisions devant la Chambre sociale qui explique ce chiffre. L'année en cause ne s'écarte donc pas en réalité des autres années.

2°) répartition par chambre

Ce sont la chambre sociale et la chambre commerciale qui utilisent le plus souvent l'expression « principe fondamental ». En réalité, c'est l'utilisation d'un principe bien particulier pour chacune d'elles (le principe dit de faveur pour la chambre sociale et le principe fondamental de procédure pour la chambre commerciale) qui explique l'importance (toute relative cependant) de l'expression devant ces deux chambres.

Par ordre décroissant, vient ensuite la chambre criminelle, bien qu'il faille nuancer cette utilisation sur le plan temporel. La chambre criminelle a en effet été pendant toute une première période (de 1970 à 1982), la seule chambre de la Cour de cassation à utiliser l'expression (9 arrêts sur 11 rendus pendant cette période). Par la suite, les arrêts de la chambre criminelle non seulement se sont faits beaucoup plus rares, mais sont inexistantes à partir de 1991.

Quant aux autres chambres, on dénombre 4 arrêts pour la 1^e chambre civile (1987, 1992, 1997 et 2001), 1 arrêt devant la 2^e chambre civile (2001) et aucun arrêt pour la 3^e chambre civile.

Année	Nombre de décisions identifiées	%nombre décisions rendues	Nombre de décisions pertinentes mentionnant l'expression (ventilées par chambre)						
			1 ^{ère} civ.	2 ^{ème} civ.	3 ^{ème} civ.	Soc.	Com.	Crim.	Total
2002	42	7,69				5	4		9
2001	80	3,90	1	1		5	7		14
2000	83	3,63				4	4		8
1999	65	4,47				16	7		23
1998	63	4,31				5	5		10
1997	61	4,39	1			7	3		11
1996	62	4,20				8	7		15
1995	54	4,90				1			1
1994	34	7,15				7	1		8
1993	49	5,04							0
1992	24	10,38	1			2			3
1991	29	9,02						1	1
1990	18	14,42							0
1989	23	11,64						1	1
1988	18	13,41							0
1987	19	13,37	1						1
1986	12	16,49							0
1985	10	20,72							0
1984	13	14,47							0
1983	17	10,97							0
1982	10	15,81						1	1
1981	16	10,67							0
1980	9	16,91							0
1979	18	8,44							0
1978	8	16,15						2	2
1977	11	10,68						1	1
1976	12							3	3
1975	6							1	1
1974	7								0
1973	1								0

1972	6											0
1971	6											0
1970	7								1			1
1969	7											0
1968	3											0
1967	7											0
1966	9											0
1965	3											0
1964	3											0
1963	1											0
1962	1											0
1961	4											0
1960	3											0
1959	2											0
Total	936		4	1	0	60	39	11				115

II- L'énoncé des principes fondamentaux

A) Les deux énoncés principaux

Deux énoncés, utilisés toujours dans le même sens, se partagent « la part du lion » (86 arrêts sur 113 ; pour une répartition par année, Cf. tableau *infra*).

1°) le « **principe fondamental de procédure** », utilisé par la **chambre commerciale** (et rencontré une fois devant la 2^e chambre civile), que l'on trouve dans **32 arrêts depuis 1996**, date à laquelle apparaît pour la première fois l'expression.

2°) le **principe dit « de faveur »**, utilisé par la chambre sociale dans **55 arrêts**, apparu pour la première fois en 1992, avec depuis des formulations variées (Cf. tableau) :

- principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'article L132-4 du code du travail (première formulation utilisée)

- principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflits de norme, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application. Cette formulation apparaît pour la première fois en 1996 dans le visa (parfois repris ensuite dans les motifs).

L'apparition de ces formules dans les années 90 explique à elle seule l'augmentation (qui reste très relative) des arrêts de la Cour de cassation utilisant les termes principe fondamental.

	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995	1994	1993	1992	Total
Principe « de faveur »	1	4	4	16	5	7	8	1	7	0	2	55
Principe fondamental procédure	4	8	4	5	5	3	3					32

B) Les autres énoncés

On les a classés par chambre (pour une présentation générale des énoncés, Cf. tableau *infra*).

1) la 1^e chambre civile : 4 arrêts-3 principes

- **principes fondamentaux du régime de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales** (2001)

- **principes fondamentaux de la profession d'avocats** (1997)

- **principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droits** (« l'article 906 du code civil traduit le principe fondamental suivant lequel... ») - 2 arrêts en 1987 et 1992.

2) la chambre sociale : 5 arrêts pour 3 principes

- **principe fondamental d'égalité de traitement des salariés - 2001**

- **principe fondamental du libre choix du malade** (« le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissements de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire » - 2002)

- **principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle** (3 arrêts sur la clause de non concurrence en 2002, principe visé en association avec l'article L120-2 du Code du travail).

3) la chambre commerciale : 7 arrêts - 3 principes

- **principe fondamental de la contradiction** (4 arrêts en série en 1996)

- **principe fondamental de garantie des droits de la défense** (1994)

- **principe fondamental de l'égalité de traitement reconnu par l'ordre juridique communautaire** (1999), principes fondamentaux d'égalité de traitement et de proportionnalité reconnus par l'ordre juridique communautaire (1999)

4) la chambre criminelle : 11 arrêts - 7 principes

- **la prohibition (du témoignage des descendants) posée par l'article 205 du NCPC** n'est que l'expression d'un principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille (1991) ;

remarque : dans un arrêt rendu en 1989 (n° 87-90.781), le moyen avait invoqué le principe général de prohibition (non repris par la cour de cassation, moyen nouveau).

- c'est un principe fondamental que **la cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie** (deux arrêts : 1970 et 1989)

- le « **principe fondamental énoncé dans l'article 427 du Code de procédure pénale** » (1975) ou « principe fondamental *de* l'article 427 du Code de procédure pénale » (1977).

- le « **principe fondamental de la non-rétroactivité des lois de répression** » (1976-3 arrêts rendus en série)

- le « **principe fondamental de la liberté du travail** » (1978)

- le « **principe fondamental posé par l'article 12 de la loi du 1^{er} août 1905** suivant lequel toutes les expertises nécessités par l'application de ladite loi et portant sur les marchandises doivent être contradictoires » (1978).

- les « **principes fondamentaux du droit du travail** » (1982)

Enoncé du principe fondamental par la Cour de cassation	Nombre de décisions
Le principe dit « de faveur » :	
-énoncé dans l'article L122-4	15
-PF en droit du travail (visa+motifs)	33
-PF en droit du travail (visa)	4
-PF en droit du travail (arrêt de rejet : motifs)	1
-Autre formulation	2
	Total : 55
Principe fondamental de procédure	Total : 32

Autres principes fondamentaux :	
- principe fondamental de la contradiction (1996)	4
- principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle (2002)	3
- le « principe fondamental de la non-rétraocativité des lois de répression » (1976)	3
- principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droits (« l'article 906 du Code civil traduit le principe fondamental suivant lequel... ») 1987 – 1992	3
- le fait que la Cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie est un principe fondamental (1970 et 1989)	2
- le « principe fondamental énoncé dans l'article 427 du Code de procédure pénale » (1975) ou « principe fondamental de l'article 427 du Code de procédure pénale » (1977)	2
- principe fondamental de l'égalité de traitement reconnu par l'ordre juridique communautaire (1999), principes fondamentaux d'égalité de traitement et de proportionnalité reconnus par l'ordre juridique communautaire (1999)	2
- principe fondamental de garantie des droits de la défense	
- principes fondamentaux du régime de la propriété des droits réels et des obligations civiles et commerciales (2001)	1
- principe fondamental d'égalité de traitement	1
- principes fondamentaux de la profession d'avocats (1997)	1
- principe fondamental de libre choix de son médecin et de son établissement par le malade (2002)	1
- La prohibition du témoignage des descendants posée par l'article 205 du NCPC n'est que l'expression d'un principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille (1991)	1
- le « principe fondamental de la liberté du travail » (1978)	
- le « principe fondamental posé par l'article 12 de la loi du 1 ^{er} août 1905 suivant lequel toutes les expertises nécessités par l'application de ladite loi et portant sur les marchandises doivent être contradictoires » (1978).	1
- les « principes fondamentaux du droit du travail » (1982)	1
	Total : 28

III- Les fonctions des principes fondamentaux

Il nous semble opportun d'écartier ici certaines décisions, où la Cour de cassation ne formule pas elle-même un « principe fondamental », mais se borne à faire application d'un texte qui se réfère explicitement à cette notion : on citera ici un arrêt de 2001, qui, pour écartier l'application d'un traité ratifié par un acte du pouvoir exécutif, relève que, le traité

touchant aux « principes fondamentaux du régime de la propriété... », il devait par application de l'article 53 de la Constitution, être ratifié par le Parlement (pour un autre exemple, voir Cass. crim, 16 février 192, *Bull. crim.* N° 52 pour les « principes fondamentaux du droit du travail). Dans un tel cas, la référence au « principe fondamental » n'a d'autre fonction que celle que lui donne l'article appliqué lui-même. La situation est ici la même que dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux articles 34 et 37 de la Constitution.

Pour le reste, la référence aux principes fondamentaux semble bien remplir trois types de fonction.

A) Fonction rhétorique

Dans un certain nombre de décisions, on ne voit pas une fonction technique bien précise de la référence à un « principe fondamental », parce que la solution qu'on en tire est exactement celle prévue par un texte, qu'on ne cherche ni à écarter ni à interpréter extensivement. Ainsi dans un arrêt de 1988, où il est fait état d'un « principe fondamental selon lequel la Cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie », alors que la solution de l'affaire pouvait s'appuyer directement sur l'article 350 du Code de procédure pénale. On peut faire la même constatation à propos des arrêts relatifs au principe de faveur, qui en font parfois application dans des cas explicitement visés par un texte (et notamment par l'article L 132-4), sans même nécessairement viser celui-ci. Cela tendrait à introduire une distinction entre la fonction de la création initiale du « principe fondamental » par la juridiction, et la fonction – largement rhétorique - qu'il occupe ensuite dans la jurisprudence (dans l'ordre juridique).

B) Fonction créatrice

On aborde ici la seconde catégorie d'arrêts qui utilisent, très explicitement, la notion de principe fondamental, non pour écarter une règle qui lui serait contraire, mais tout à l'inverse pour étendre la sphère d'application de la dite règle, en la présentant comme n'étant que « l'expression », ou la « traduction » d'un principe fondamental. Particulièrement significatifs à cet égard sont les deux arrêts où la Cour de cassation voit dans l'article 906 du Code civil, qui subordonne la capacité de recevoir à titre gratuit à la conception au moment de l'acte, la traduction d'un « principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit ». Cette référence permet à la Cour de cassation de considérer comme nul le legs fait à une personne morale non encore créée au moment de l'acte (alors que le simple article 906, ne visant évidemment que les personnes physiques) n'aurait pas permis à lui seul, d'atteindre ce

résultat. Dans la même logique s'inscrit l'arrêt de 1991, qui étend au procès pénal pour faux témoignage lié au divorce, la prohibition du témoignage des descendants formulée par l'article 205 NCPC pour le procès en divorce, au nom d'un « principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille »(sic) dont l'article 205 ne serait que « l'expression ».

On peut en revanche hésiter sur la place à assigner au « principe de faveur en droit du travail », qui représente le gros des arrêts de la Cour de cassation sur les principes fondamentaux. Le doute vient de ce que, par son contenu, ledit principe vise à régler un conflit de normes, en faisant systématiquement prévaloir la plus favorable au salarié, serait-elle inférieure dans la hiérarchie des normes. On pourrait donc penser qu'on est ici dans le cadre de la fonction « règle d'éviction ». Mais en réalité, il ne faut pas confondre le contenu du principe posé (qui pourrait d'ailleurs tout aussi bien résulter d'un texte exprès) et la fonction qui résulte du caractère « fondamental » qui lui est attribué. Si on place le débat sur ce terrain, on s'aperçoit que la fonction est ici exactement la même que dans la seconde catégorie (ligne directrice permettant de combler des lacunes) : en effet, il s'agit, à partir de textes épars du Code du travail (et notamment l'article L 132-4 – conflit entre une convention collective et une loi ou un règlement - auquel ce principe est rattaché explicitement dans 15 arrêts) de tirer une règle d'application générale susceptible de s'appliquer dans les cas les plus divers.

C) Fonction de « prévalence-éviction »

Enfin, un certain nombre d'arrêts utilisent la notion pour écarter un texte normalement applicable, mais dont l'application, dans le cas considéré, aboutirait à une violation du « principe fondamental » dégagé par la Cour. Il en va ainsi, très clairement de tous les arrêts qui se réfèrent aux principes fondamentaux de procédure, ou à l'un de ces principes identifiés (ex : principe fondamental de la contradiction, principe fondamental de garantie des droits de la défense) pour ouvrir une voie de recours (pourvoi, appel ou opposition) à fin d'annulation d'une décision violant un tel principe. Il est peut-être excessif cependant de parler ici du principe fondamental comme « règle d'éviction ». D'une certaine manière, on peut en effet y voir tout aussi bien une règle d'interprétation des textes considérés, auxquels la Cour de cassation ajouterait implicitement la formule « sous réserve du respect des principes fondamentaux ». On le voit très bien dans un arrêt de 1997 qui donne au Conseil de l'ordre des avocats le pouvoir de refuser l'inscription d'un avocat alors même que celui-ci remplissait toutes les conditions formelles posées par l'article 11 de la loi, en se fondant sur le fait que les

circonstances laissent penser que cet avocat exercerait à l'encontre des principes fondamentaux de la profession : là encore, tout se passe comme si on ajoutait au texte la formule « sous réserve du respect des principes fondamentaux de la profession ».

Cette analyse, qui vise à nuancer l'opposition terminologique « règle d'éviction/règle d'interprétation », ne remet cependant pas en cause, sur le fond, la dualité suggérée. Dans les cas précédemment évoqués, en effet, on peut bien dire que le principe fondamental va « contre le texte » ou son interprétation littérale. Dans les autres cas, le principe fondamental vient dans le sens du texte, pour en étendre l'application.

Remarque finale : tous les principes n'ont pas été intégrés dans le commentaire, mais ne change pas le fond.

EQUIVALENTS FONCTIONNELS ET COUR DE CASSATION

Après avoir réalisé des interrogations sur les possibles expressions équivalentes (I), nous avons réalisé des interrogations croisées à partir du contenu de principes qualifiés de fondamentaux par la Cour de cassation (II). Enfin nous avons, par sondage, tenté de percevoir comment la Cour de cassation percevait les principes généraux du droit reconnus par le Conseil d'Etat (III).

La recherche des équivalents fonctionnels

Eléments statistiques généraux

L'interrogation a été menée sur Legifrance. Nous avons dans un premier temps recherché l'évolution des références aux différentes notions ayant été dégagées comme pouvant constituer des équivalents fonctionnels de l'expression « principe fondamental » ou « principes fondamentaux ». Pour les résultats, il convient de se référer au tableau joint.

On prend immédiatement conscience de l'inflation de la mobilisation du terme de principe devant la Cour de Cassation, un premier stade étant franchi en 1960 avec 215 arrêts laissant apparaître cette occurrence contre 2 l'année précédente, puis on passe entre 1986 et 1987 de 309 arrêts à 836 pour enfin atteindre en 2001, 2242 décisions mentionnant le terme « principe ». Un même accroissement de l'utilisation de l'expression « principe général » est notable, le nombre d'arrêts mobilisant celle-ci étant d'une dizaine dans les années 60 et 70 pour atteindre 156 arrêts par exemple en 1996. Donc, contrairement à l'expression « principe fondamental » pour laquelle il a été noté qu'aucune augmentation de son utilisation ne pouvait être soulignée, l'utilisation des expressions « principe » et « principe général » se fait de plus en plus fréquente devant la Cour de Cassation.

Le terme de principe est de loin le plus mobilisé (35 478 occurrences). Vient ensuite celui de « liberté fondamentale » (8641) mais cette occurrence apparaît souvent lorsque est en cause la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ce chiffre ne saurait donc être significatif. Puis on retrouve l'expression de « principe général » (1877 arrêts) qui est également très utilisée devant la Cour de Cassation. En revanche, la juridiction suprême n'use

qu'avec parcimonie des expressions « principe essentiel », « règle fondamentale », « garantie fondamentale », « droit fondamental » et « principe constitutionnel » même si pour chacune de ces occurrences, on constate également une augmentation de leur utilisation.

L'analyse des résultats

1° « Principe général » ou « principes généraux »

L'interrogation sur Legifrance a été faite par voie de sondage au vu du nombre trop élevé d'occurrences relevées. Ont été ainsi consultés les 18 premiers arrêts mentionnant cette occurrence, puis 11 arrêts en 1984 et 10 arrêts tous les deux ans jusqu'en 2002. On a ainsi obtenu les résultats suivants :

- En 1950 : un arrêt : l'occurrence se situant dans les motifs de la Cour de Cassation⁴⁵⁸. Néanmoins la Cour ne fait que rejeter l'argumentation du pourvoi qui faisait valoir que certains éléments de l'incrimination seraient en opposition avec les principes généraux du droit français.

- En 1954 : un arrêt, l'occurrence se trouvant dans les motifs de la Cour de Cassation⁴⁵⁹ : « principes généraux de l'instruction criminelle ».

- En 1956 : un arrêt, l'occurrence se trouvant dans les motifs de la Cour de Cassation⁴⁶⁰ : « principes généraux du droit ».

- En 1960 : 6 arrêts. Dans l'un, l'occurrence se trouve dans le moyen, dans deux autres dans les motifs de la Cour d'Appel, qui sont d'ailleurs repris par la Cour de Cassation. Reste 3 décisions⁴⁶¹ où l'occurrence semble apparaître dans la motivation de la juridiction suprême mais aucune certitude ne peut être établie car Legifrance ne met à disposition que des résumés. Sont mobilisés les principes généraux régissant les contrats, les principes généraux de la procédure et les principes généraux du droit des associations.

- En 1961 : 8 arrêts pertinents apparaissent avec cette occurrence. Parmi ces huit on retrouve l'occurrence dans le moyen dans 2 d'entre eux, et dans les motifs de la Cour d'Appel dans 3 d'entre eux. Reste 3 décisions où l'on retrouve l'occurrence

⁴⁵⁸ Crim. 3 août 1950, *Bull. Crim.* 1950 n°227.

⁴⁵⁹ Crim. 17 juin 1954, *Bull. Crim.* N°224.

⁴⁶⁰ Crim. 13 décembre 1956, *Bull. Crim.* N°840.

⁴⁶¹ Civ. 1^{ère} 4 avril 1960, *Bull. I n°192* ; Soc. 29 avril 1960, *Bull. V n°433* ; Civ. 1^{ère} 18 mai 1960, *Bull. I n°269*.

dans les motifs de la Cour de Cassation. Celle-ci se réfère à : « principe général régissant la matière auquel ne déroge pas l'article 477 du Code de la Sécurité Sociale »⁴⁶², « principe général posé par l'article 202 du Code de la Sécurité Sociale »⁴⁶³, « principe général de l'égalité des co-partageants »⁴⁶⁴.

- En 1984, sur 10 arrêts sélectionnés, 4 comprennent l'occurrence dans le moyen et 1 dans la motivation de la Cour d'Appel. Reste donc 5 décisions dans lesquelles la Cour de Cassation mobilise l'expression « principe général » : Soc. 26 janvier 1984⁴⁶⁵ et Soc. 14 février 1984⁴⁶⁶ : « principes généraux du droit électoral » ; Soc. 14 février 1984⁴⁶⁷ et Crim. 17 mai 1984⁴⁶⁸ : « principes généraux du droit » et Crim. 5 juin 1984⁴⁶⁹ : « principes généraux gouvernant les fonctions de ce magistrat ».

- En 1986, sur 10 arrêts sélectionnés, 7 comprennent l'occurrence dans le moyen et 1 dans la motivation de la Cour d'Appel. Reste donc 2 décisions dans lesquelles la Cour de Cassation mobilise l'expression « principe général » : Civ. 1^{ère} 4 mars 1986⁴⁷⁰ : « principe général selon lequel le créancier a droit à l'entier paiement de sa créance » et Soc. 19 mars 1986⁴⁷¹ : « principes généraux du droit électoral ».

- En 1988, sur 10 arrêts sélectionnés, 4 comprennent l'occurrence dans le moyen et 2 dans la motivation des juges du fond. Reste donc 1 décision dans laquelle la Cour de Cassation mobilise l'expression « principe général » : Soc. 18 février 1988⁴⁷² : « principes généraux du droit électoral ».

- En 1990, sur 10 arrêts sélectionnés, 5 comprennent l'occurrence dans le moyen et 1 dans la motivation de la Cour d'Appel. Reste donc 4 décisions dans lesquelles la Cour de Cassation mobilise l'expression « principe général » : Civ. 3^{ème} 4 janvier 1990⁴⁷³ : « principes généraux de la loi du 10 juillet 1965 » et Soc. 24 janvier 1990⁴⁷⁴ : « principes généraux du droit électoral ».

⁴⁶² Soc. 2 février 1961, *Bull. V*, n°165.

⁴⁶³ Soc. 17 février 1961, *Bull. V* n°231.

⁴⁶⁴ Civ. 1^{ère} 10 mai 1961, *Bull. I* n°237.

⁴⁶⁵ *Bull. V*, n°36.

⁴⁶⁶ Pourvoi n°83-60964, *Bull. V* n°66.

⁴⁶⁷ Pourvoi n°83-61117, *Bull. V*, n°65

⁴⁶⁸ *Bull. Crim. N°183*.

⁴⁶⁹ *Bull. Crim. N°207*.

⁴⁷⁰ *Bull. I* n°53 p49.

⁴⁷¹ *Bull. V*, n°101 p79.

⁴⁷² *Inédit*.

⁴⁷³ Pourvois n°88-14255, 88-14256 et 88-14257, *inédits*.

⁴⁷⁴ *Inédit*.

- En 1992, sur 10 arrêts sélectionnés, tous mobilisent l'occurrence dans le moyen.

- En 1994, sur 10 arrêts sélectionnés, 5 comprennent l'occurrence dans le moyen. Reste 5 décisions dans lesquelles la Cour de Cassation mobilise l'expression « principe général » : Crim. 4 janvier 1994⁴⁷⁵, Crim. 1^{er} février 1994⁴⁷⁶, et Crim. 12 janvier 1994⁴⁷⁷ : « principes généraux du droit » ; Crim. 19 janvier 1994⁴⁷⁸ et Crim. 19 janvier 1994⁴⁷⁹ : « principes généraux de la procédure pénale ».

- En 1996, sur 10 arrêts sélectionnés seuls 9 sont pertinents dont 6 comprennent l'occurrence dans le moyen et 4 dans la motivation de la Cour de Cassation : Com. 3 janvier 1996⁴⁸⁰, Crim. 16 janvier 1996⁴⁸¹ et Crim. 31 janvier 1996⁴⁸² : « principes généraux du droit » ; Crim. 11 janvier 1996⁴⁸³ : « principes généraux de la procédure pénale ».

- En 1998, sur 10 arrêts sélectionnés, 6 comprennent l'occurrence dans le moyen et 1 dans la motivation de la Cour d'Appel. Reste donc 3 décisions dans lesquelles la Cour de Cassation mobilise l'expression « principe général » dans sa motivation : Crim. 7 janvier 1998⁴⁸⁴ : « principes généraux du droit » ; Soc. 3 février 1998⁴⁸⁵ : « principes généraux du droit électoral » et Com. 10 février 1998⁴⁸⁶ : « principes généraux du droit fiscal ».

- En 2000, sur 10 arrêts sélectionnés, 7 comprennent l'occurrence dans le moyen et 3 dans la motivation de la Cour d'Appel. Aucun ne laisse apparaître l'expression dans la motivation de la juridiction suprême.

- En 2002, sur 10 arrêts sélectionnés, 8 comprennent l'occurrence dans le moyen et 2 dans la motivation de la Cour de Cassation : Com. 15 janvier 2002⁴⁸⁷ et Com. 29 janvier 2002⁴⁸⁸ : « il n'appartient pas au juge judiciaire de se prononcer sur la compatibilité d'une disposition de nature législative [...] avec un principe général du droit ».

⁴⁷⁵ *Inédit.*

⁴⁷⁶ *Inédit.*

⁴⁷⁷ *Bull. Crim. n°20 p36.*

⁴⁷⁸ *Pourvoi n°93-80555, inédit.*

⁴⁷⁹ *Bull. Crim. n°27 p50.*

⁴⁸⁰ *Inédit.*

⁴⁸¹ *Bull. Crim. n°23 p56.*

⁴⁸² *Bull. Crim. n°58 pl 56.*

⁴⁸³ *Inédit.*

⁴⁸⁴ *Inédit.*

⁴⁸⁵ *Bull. V n°61 p45.*

⁴⁸⁶ *Inédit.*

⁴⁸⁷ *Inédit.*

⁴⁸⁸ *Inédit.*

La Cour de cassation motive parfois ses décisions en usant de l'expression « principe général » ou « principes généraux » mais à l'évidence moins souvent que ce que ne le souhaitent les plaideurs dans les moyens.

Si, dans certaines décisions, les termes sont simplement repris d'un texte⁴⁸⁹, fort souvent la qualification de principe général résulte de la juridiction elle-même. Elle identifie les principes généraux d'une matière ou d'un domaine comme les principes généraux du droit des associations, les principes généraux gouvernant les fonctions de magistrat, les principes généraux de la procédure ou encore les principes généraux de la procédure pénale.

La Cour fait référence aux principes généraux de la procédure ou aux principes généraux de la procédure pénale pour imposer une règle non expressément prévu par un texte. Ainsi les principes généraux de la procédure sont-ils utilisés pour imposer, aux juridictions chargées du contentieux technique de la sécurité sociale, l'obligation de statuer dans les limites du litige, règle certes bien connue mais des juridictions civiles. De façon plus radicale encore, la Cour de cassation va déduire des principes généraux de la procédure pénale que « le condamné qui se dérobe à l'exécution d'un mandat de justice n'est pas en droit de se faire représenter pour se pourvoir en cassation »⁴⁹⁰. La règle créée permet la totale fermeture du recours en cassation au condamné qui n'est pas en phase d'exécution de sa peine alors qu'il se trouve déchu du droit de se pourvoir en cassation par application de l'article 583 CPP aujourd'hui abrogé.

La Cour de cassation utilise également la notion de « principe général du droit » pour exercer une fonction créatrice. C'est ainsi au nom des « principes généraux du droit » que la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme, dans le célèbre arrêt Laboube du 13 décembre 1956, qu'il convient de rechercher le discernement du mineur afin de déterminer si il est, ou non, accessible à une sanction pénale⁴⁹¹. De même au nom des principes généraux du droit, la même chambre va poser la règle selon laquelle dans tous les débats se terminant par un arrêt ou un jugement, le prévenu, le condamné ou son conseil doit avoir la parole le dernier. Cette règle expressément prévue pour l'audience de jugement devant le Tribunal correctionnel, le tribunal de police et la chambre des appels correctionnels (articles 460 et 513 CPP), va être étendue⁴⁹² par la chambre criminelle aux audiences devant la chambre

⁴⁸⁹ Ainsi les principes généraux du droit électoral mentionnés par l'article L.423-13 du code du travail.

⁴⁹⁰ Crim. 19 janvier 1994. Dans un arrêt du 7 janvier 1998, la chambre criminelle se fonde sur « les principes généraux du droit ». La règle a néanmoins été dégagée antérieurement à ces arrêts. Voir sur ce point Marielle De BECHILLON La notion de principe général en droit privé. PUAM. 1998. p.187 et 188, l'exemple du délit de mépris de justice.

⁴⁹¹ La loi du 24 mai 1951 avait justement pour but de mettre un terme à la recherche du discernement du mineur.

⁴⁹² La liste qui suit ne prétend évidemment pas être exhaustive dans la mesure où il a été procédé par sondage.

d'accusation de la Cour d'appel⁴⁹³ (aujourd'hui la chambre de l'instruction), aux audiences sur le contentieux relatif à l'exécution des peines devant la juridiction de jugement⁴⁹⁴ ainsi qu'aux audiences sur les relèvements d'une interdiction, d'une déchéance, d'une incapacité ou d'une mesure⁴⁹⁵. La construction choisie par la chambre criminelle oscille mais elle cherche l'appui d'un texte de droit positif⁴⁹⁶.

La juridiction judiciaire fait donc usage de l'expression pour justifier la création de normes mais elle l'emploie également pour identifier les règles les plus essentielles ou les principes basiques d'un domaine ainsi mentionne-t-elle les principes généraux de l'instruction, les principes généraux du droit des associations, les principes généraux gouvernant les fonctions de magistrat ou les principes généraux régissant les contrats. Il semble parfois que la Cour en déduit la prévalence de ces règles qui ne sauraient être méconnues⁴⁹⁷ ou encore une interprétation stricte des dispositions d'exception⁴⁹⁸.

2° Principe(s) essentiel(s)

L'interrogation sur Legifrance nous a conduit à dénombrer 230 documents jusqu'au 31/12/02. Sur l'ensemble de ceux-ci, seuls 156 sont pertinents (dans les autres arrêts, l'occurrence apparaissant très souvent sous cette forme : « ce principe [...] est un élément essentiel du procès équitable »). Dans ce lot restant, on trouve l'occurrence qui nous intéresse 104 fois dans les moyens au pourvoi, 22 fois dans la motivation des juges du fond et 30 fois dans la motivation de la Cour de Cassation.

Les parties font notamment valoir les principes essentiels suivants : principe de la neutralité du juge en matière civile, du respect des droits de la défense, de l'oralité des débats, « selon lequel tout témoin doit comparaître sans pouvoir lui-même préjuger de son idonéité », « de l'égalité des citoyens devant la loi », du contradictoire, de la publicité des débats, de l'égalité des armes...

⁴⁹³ Crim. 17 mai 1984. Bull. Crim. n°183 et crim. 1 février 1994. Pourvoi n°93-85190.

⁴⁹⁴ Crim. 4 janvier 1994. pourvoi n°93-81809

⁴⁹⁵ Crim. 16 janvier 1996, Crim.31 janvier 1996

⁴⁹⁶ Elle procède parfois par extension des articles 460 et 513 du code de procédure pénale au nom des principes généraux du droit, parfois sur le fondement d'autres textes ayant un lien plus tenu avec la question (ex.art.199 CPP), conjointement avec les principes généraux du droit. Le mécanisme a été décrit par M. Patrick Morvan Le principe de droit privé.

⁴⁹⁷ Crim. 5 juin 1984 ; « Attendu que les termes de l'article 50 du code de procédure pénale, tenant à la nomination du juge d'instruction ne sauraient faire échec aux principes généraux gouvernant les fonctions de ce magistrat, lequel relève des dispositions de l'ordonnance du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, ainsi que de celles du décret du 22 décembre 1958 pris pour l'application de ce texte ».

⁴⁹⁸ Crim. 17 juin 1954.

Une étude des 30 décisions dans lesquelles l'occurrence apparaît dans les motifs de la Cour de Cassation démontre que la juridiction suprême a usé de l'expression « principes essentiels » dès 1846 puisque dans un arrêt de la chambre civile du 1^{er} avril 1846, elle énonce, à propos d'une incapacité qui ne peut qu'être édictée par un texte, que « dans l'absence d'un texte formel et absolu de la loi, c'est dans son esprit et dans les principes essentiels et fondamentaux de notre législation qu'il faut rechercher s'il existe quelques traces de cette incapacité. ». Cet arrêt est intéressant puisqu'il allie les adjectifs essentiel et fondamental.

Ensuite on retrouve cette occurrence de manière régulière à compter de 1974. On s'aperçoit alors que la Cour de Cassation use des expressions suivantes: « principe essentiel de la procédure »⁴⁹⁹, « principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols »⁵⁰⁰, « principes essentiels »⁵⁰¹, « principes essentiels de la déontologie »⁵⁰², « principe essentiel de la procédure pénale »⁵⁰³, « principe essentiel de procédure »⁵⁰⁴, « principe de la contradiction, principe essentiel de procédure »⁵⁰⁵, « principes essentiels de la profession d'avocat »⁵⁰⁶.

Dans nombre d'arrêts la qualification de principe essentiel relève de la rhétorique. La Cour de cassation exprime ainsi son attachement à une ou plusieurs règles particulières prévue(s) par un texte.

Il semble que, de façon exceptionnelle, l'expression permette à la juridiction judiciaire de dégager une norme. Ainsi, dans un arrêt, la chambre sociale dégage de la réglementation de l'aviation civile, « le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols, ce dont il suit la nécessité d'observer dans le déclenchement et la poursuite des arrêts de travail des modalités compatibles avec ces contraintes exceptionnelles ».

L'expression « principe essentiel » apparaît, de loin, la plus fréquemment employée par référence aux principes essentiels de procédure (21 arrêts de 1984 à 2002 sur la base Lamy). Ces principes essentiels de procédure, comme les principes fondamentaux de procédure, ne

⁴⁹⁹ Crim. 10/07/74, *Bull. Crim. n°253 p649* ; Com. 15/05/01, inédit.

⁵⁰⁰ Soc. 25/10/79, *Bull. V n°786*.

⁵⁰¹ Crim. 20/05/80, *Bull. Crim. n°153*.

⁵⁰² Civ. 1^{ère} 15/02/83, *Bull. I n°59*.

⁵⁰³ Crim. 24/10/84, *Bull. Crim. n°318*.

⁵⁰⁴ Com. 30/03/93, *Bull. IV n°132 p 89* ; Com. 19/10/93, *Bull. IV n°345 p249* ; Com. 25/01/94, pourvoi n°91-20.220 ; Com. 17/05/94, pourvoi n°92-11.008 ; Com. 06/12/94, inédit ; Com. 17/01/95, pourvoi n°92-16902, *inédit* ; Com.28/03/95, pourvoi n°92-20733, *inédit* et pourvoi n°92-18994, *Bull. IV n°108 p95* ; Com. 06/06/95, pourvoi n°92-18.141 ; Com.10/10/95, pourvoi n°93-14.242 ; Com.24/10/95, pourvoi n°93-21.309, Com.19/12/95, pourvoi n°92-18.134 ; Com. 9/01/96, inédit ; Com.5/03/96, inédit ; Com. 9/07/96, inédit ; Com 01/07/97 ; Com. 14/11/00, inédit ; Com. 5/02/02, inédit ; Com. 03/04/02, inédit ; Com. 15/10/02, inédit ;

⁵⁰⁵ Com. 19/12/95, inédit.

⁵⁰⁶ Civ. 1^{ère} 09/12/97, *Bull. I n°357 p241*.

sont utilisés que par la chambre commerciale, leur fonction est au demeurant rigoureusement identique à ces derniers. Il s'agit pour la quatrième chambre de la Cour de cassation d'examiner si il y a lieu d'ouvrir une voie de recours en raison de la violation d'un principe essentiel de procédure alors même que, textuellement, toute voie de recours est fermée. La violation d'un principe de procédure ainsi qualifié conduit la chambre commerciale de la Cour de cassation à évincer la règle textuelle. Les principes essentiels de procédure sont donc utilisés par cette chambre aux mêmes fins et dans les mêmes situations que les principes fondamentaux de procédure (fonction de prévalence-éviction). L'évolution semble ici limitée à la terminologie. L'instrument « principe de procédure » est créé en 1993 sous la forme d'un principe essentiel et prédominera avec ce qualificatif durant les années 1994-1995. C'est à partir de 1996 que le qualificatif « fondamental » viendra supplanter l'adjectif essentiel⁵⁰⁷. Certaines années (1998 et 1999), la chambre commerciale utilise exclusivement le qualificatif de fondamental. Depuis 2000, l'expression « principe fondamental de procédure » est la plus fréquente mais quelques arrêts sont motivés par référence aux « principes essentiels de procédure »⁵⁰⁸.

3° Principe supérieur

L'interrogation a permis d'isoler 51 occurrences dont 50 étaient pertinentes. Dans 42 décisions, l'expression est utilisée par les plaideurs et n'est pas reprise par la Cour de Cassation⁵⁰⁹. Dans 6 arrêts, l'expression résulte de l'utilisation faite par la Cour d'appel. Les termes ne sont employés par la Cour de cassation que dans deux arrêts. La chambre criminelle consacre « le principe supérieur en vertu duquel on ne saurait être en état de récidive qu'après l'avertissement résultant d'une condamnation définitive »⁵¹⁰ et la première chambre civile mentionne « le principe supérieur de la contradiction »⁵¹¹. Il semble que, dans les deux décisions, l'expression n'a d'autre objectif que la rhétorique.

⁵⁰⁷ En 1996, 7 utilisations de l'expression « principe fondamental de procédure » et 4 utilisations de l'adjectif essentiel. Certaines années (1998 et 1999), la chambre commerciale utilisera exclusivement le qualificatif de fondamental. Depuis 2000, l'expression « principe fondamental de procédure » est la plus fréquente mais quelques arrêts sont motivés par référence aux « principes essentiels de procédure ».

⁵⁰⁸ Voir par exemple Com. 02/05/2001. Bull. IV n°83. p.79 « *Mais attendu que, sans dénaturer les conclusions d'appel, l'arrêt retient que l'appel-nullité vise à faire sanctionner, non pas ce qui a été jugé en première instance mais la manière dont le juge a statué tant en ce qui concerne le déroulement des débats que le prononcé de la décision, qu'il n'est pas allégué que le jugement ait été rendu au mépris d'un principe essentiel de la procédure, la critique faite au jugement en ce qu'il a rejeté l'exception de nullité de l'assignation, après avoir écarté le moyen tiré de l'irrégularité de l'acte relevant exclusivement de l'appel de droit commun ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision (...)* »

⁵⁰⁹ Dans un très grand nombre d'arrêts, sont invoqués le principe supérieur des droits de la défense ou le principe supérieur de l'égalité des armes. Quelques autres sont invoqués, sans succès, de façon plus marginale : principe supérieur de la liberté du commerce, principe supérieur de proportionnalité des peines, principe supérieur du contradictoire, principe supérieur du libre choix par les parents du prénom de leur enfant...

⁵¹⁰ Crim. 8 juillet 1968. Bull.Crim. 1968. n°173

⁵¹¹ Civ.1ère.5 février 1991. B.C. I. 1991. n°44.

4° Garantie(s) fondamentale(s)

L'interrogation sur Legifrance nous a conduit à dénombrer 80 documents jusqu'au 31/12/02. Sur l'ensemble de ceux-ci, seuls 57 sont pertinents. Dans ce lot restant, on trouve l'occurrence qui nous intéresse 52 fois dans les moyens au pourvoi et 5 fois dans la motivation des juges du fond. Donc la Cour de Cassation n'utilise jamais de cette expression.

5° Règle(s) fondamentale(s)

L'interrogation sur Legifrance nous a conduit à dénombrer 172 documents jusqu'au 31/12/02. Sur l'ensemble de ceux-ci, seuls 113 sont pertinents. Dans ce lot restant, on trouve l'occurrence qui nous intéresse 61 fois dans les moyens au pourvoi, 9 fois dans la motivation des juges du fond et 43 fois dans la motivation de la Cour de Cassation.

Les parties font notamment valoir les règles fondamentales suivantes : principe de l'oralité des débats, la non-rétroactivité des lois, la règle de détermination de la compétence territoriale selon laquelle le juge doit apprécier la condition de résidence au jour du dépôt de la requête initiale, le débat contradictoire et les droits de la défense, la règle selon laquelle dans toute procédure pénale, la parole est donnée en dernier à l'accusé, les règles fondamentales qui gouvernent la loyauté du procès répressif, les règles fondamentales de procédure.

Parmi les 43 documents où l'on trouve l'expression règle fondamentale employée par la juridiction suprême, il convient de noter tout de même qu'il y a 27 ordonnances du 1^{er} Président qui sont toutes rédigées sur le même modèle à savoir qu'elles usent toutes de l'expression « règles fondamentales de l'organisation judiciaire » (Voir pour exemple celle du 26 mai 1992 qui est la 1^{ère} en date publiée au bulletin 1992 Ord. N°3 p3).

Reste donc 16 arrêts où la Cour de Cassation qualifie de fondamental(e)s : la règle de la non-rétroactivité de la loi pénale⁵¹², la règle de l'imparité⁵¹³, les règles relatives à la comparution des parties⁵¹⁴, les règles « selon lesquelles les administrateurs d'une SA doivent pouvoir se faire à tout moment, en conscience, une opinion de l'intérêt social et exprimer cette opinion par un vote librement émis »⁵¹⁵, la règle « d'après laquelle les juridictions

⁵¹² Crim. 4/05/57, *Bull. Crim.* N°406 ; Crim. 8/11/72, *Bull. Crim.* N°328 p844.

⁵¹³ Civ. 1^{ère} 22/05/62, *Bull. I* n°255.

⁵¹⁴ Crim. 24/01/63, *Bull. Crim.* 1963 n°46 ; Crim. 31/03/65, *Bull. Crim.* N°97.

⁵¹⁵ Com. 08/05/63, *Bull. IV* n°233.

d'instruction ont le droit et l'obligation de clore leur information lorsqu'elles estiment que celle-ci est complète »⁵¹⁶, les règles de l'organisation judiciaire »⁵¹⁷, la règle selon laquelle « l'accusé ou son avocat auront toujours la parole en dernier »⁵¹⁸, la règle selon laquelle « en droit du travail, la situation du salarié est régie, en principe, par la norme la plus favorable »⁵¹⁹ ou encore la règle fondamentale selon laquelle « les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps » y compris dans le cadre d'une procédure pénale⁵²⁰.

L'expression « règle fondamentale » constitue souvent un instrument de création du droit⁵²¹. Rarement consacrée sans fondement textuel⁵²², la règle fondamentale sert plus fréquemment à étendre le champ d'application d'un texte. Ainsi peut on relever que la chambre sociale consacre « la règle fondamentale en droit du travail, (selon laquelle) la situation du salarié est régie, en principe, par la norme la plus favorable ». La chambre criminelle étend le champ d'application de l'article 346 du code de procédure pénale en qualifiant la règle de générale et fondamentale et en déduit qu'elle « domine tous les débats et s'applique lors de tout incident contentieux intéressant la défense qui est réglé par un arrêt »⁵²³. La même norme a été consacrée pour les juridictions d'instruction ainsi que pour le tribunal correctionnel sur le fondement des principes généraux du droit. En 1980 puis en 1985, la chambre criminelle de la Cour a également étendu la prohibition du témoignage des descendants posée par l'article 205 du code de procédure civile au procès pénal en qualifiant ladite règle de fondamentale et l'on sait qu'elle réaffirmera cette extension en 1991 en recourant à l'expression « principe fondamental »⁵²⁴. Sur la base de l'article 81 du code de procédure pénale mais alors que le texte ne pose explicitement rien de tel, la même chambre

⁵¹⁶ Crim. 23/11/65, *Bull. Crim. N°246* ; Crim. 01/09/87, *inédit* ; Crim. 7/11/89, *Bull. Crim. n°399 p961*.

⁵¹⁷ Civ. 2^{ème} 11/05/66, *Bull. II n°544*.

⁵¹⁸ Crim. 03/12/97 et Crim. 01/04/98, *inédits* ; Crim. 25/11/98, *Bull. Crim. N°316 p906* ; Crim. 12/05/99, *inédit*.

⁵¹⁹ Soc. 27/03/01, *inédit*.

⁵²⁰ Crim. 5/02/80, *Bull. Crim. N°47* et Crim. 4/01/85, *Bull. Crim. N°11*.

⁵²¹ L'étude réalisée par sondage montre que l'expression est surtout utilisée par la chambre criminelle de la Cour de cassation mais faute d'étude plus approfondie on ne peut en tirer que des conclusions mesurées.

⁵²² Voir toutefois Civ1ère 22/05/1962. B.C. I. n°255. Arrêt dans lequel l'adjonction d'un membre à l'assemblée générale constituée en juridiction disciplinaire est fondée sur la règle fondamentale de l'imparité.

⁵²³ La règle fondamentale est posée pour la première fois dans un arrêt du 20 février 1913 et est reprise depuis dans des termes très voisins. L'étude par sondage montre une série d'arrêts rendus en 1997, 1998 et 1999 dans lesquels le chapeau développé par la Cour de cassation est rigoureusement identique : « Vu l'article 346 du Code de procédure pénale ; Attendu qu'aux termes de cet article, l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers ; que cette règle générale et fondamentale, domine tous les débats et s'applique lors de tout incident contentieux intéressant la défense qui est réglé par un arrêt ; ... »

⁵²⁴ Voir supra.

consacrera l'appréciation souveraine des juridictions d'instruction pour apprécier la complétude d'une instruction pénale⁵²⁵.

Plus rarement, l'expression « règle fondamentale » telle qu'utilisée par la Cour de cassation impulse une lecture des normes en termes de principe/exception ou plutôt règle de principe/ dérogation⁵²⁶

Conclusion : il apparaît donc en conclusion que les expressions principe supérieur et garantie fondamentales ne constitue pas des équivalents fonctionnels de l'expression « principe fondamental » pour la Cour de cassation.

En revanche, il ressort de l'étude par sondage que :

- pour la chambre commerciale les principes essentiels de procédure sont identiques aux principes fondamentaux de procédure,

- les expressions principe général (du droit ou d'une branche du droit) et règle fondamentale (voire règle générale et fondamentale) permettent au juge de créer des normes. Le plus souvent, néanmoins, les arrêts visent un texte, alibi ou d'un champ plus restreint afin, semble-t-il, de masquer l'exercice créateur,

- l'adjectif fondamental, qu'il soit utilisé avec le terme principe ou avec le terme règle, n'est pas réservé aux normes de rang constitutionnel pour la Cour de cassation.

II- Les interrogations croisées

Afin de vérifier si certains principes que la Cour de Cassation qualifie de fondamentaux sont qualifiés autrement ou connaissent pour la juridiction des équivalents fonctionnels, nous avons opéré des interrogations croisées pour certains de ces principes fondamentaux précédemment repérés devant la juridiction suprême.

⁵²⁵ Crim. 23/11/65, *Bull. Crim. N°246* ; Crim. 01/09/87, *inédit* ; Crim. 7/11/89, *Bull. Crim. n°399 p961*.

⁵²⁶ Voir toutefois Crim. 24/01/1963. *Bull. crim.* 1963. n°46. ou encore Crim. 31/03/0965. *Bull. crim.* 1965. n°97. « Attendu qu'en procédant ainsi, les juges avaient fait une exacte application des dispositions des articles 710 et 711 du code de procédure pénale, selon lesquelles, par dérogation aux règles fondamentales relatives à la comparution des parties ainsi qu'à la publicité des audiences et des décisions de justice, tous incidents contentieux relatifs à l'exécution des sentences pénales sont portés devant la juridiction qui les a prononcés pour être jugés en chambre du conseil après audition du ministère public, du conseil de la partie, s'il l'a demandé, et s'il échet, de la partie elle-même... »

1° Equivalents fonctionnels pour le principe fondamental de procédure

Rappelons que ce principe est utilisé pour permettre l'ouverture d'une voie de recours (pourvoi, appel, opposition) à fin d'annulation d'une décision violant un tel principe.

Une série d'interrogation sur les jurisprudences Lamy a été conduite pour tenter de percevoir si la Cour de cassation utilisait d'autres expressions équivalents dans le même but.

a)Princip PROCHE4 procédure*

L'interrogation nous a conduit à un très grand nombre d'arrêts : 346 de 1984 à 1990, 537 de 1991 à 1996, 481 de 1997 à 2000 et 408 de 2001 à 2003 soit un total de 1772 arrêts de 1984 à 2003. Souvent les documents sélectionnés n'étaient cependant pas pertinents car l'occurrence visait un article du Code de Procédure Pénale accolé à un principe dans le visa. On a simplement pu noter que l'occurrence étudiée n'apparaissait qu'à compter de 1996. Pour le reste, il était difficile de visualiser tous les résultats et un rapide examen par sondage nous a fait prendre conscience que les résultats intéressants associaient au terme de principe un adjectif qui serait examiné postérieurement (principe essentiel de procédure ou encore principes généraux de la procédure).

*b)Princip*généra* PROCHE4 procédure*

48 documents obtenus de 1996 à 2002. Dans 37 d'entre eux, l'occurrence apparaît dans le moyen au pourvoi ; dans 6 arrêts elle apparaît dans la motivation des juges du fond et enfin elle apparaît dans seulement 5 arrêts dans les motifs de la Cour de Cassation. Toutefois ces derniers arrêts ne présentent guère d'intérêt car la juridiction suprême de l'ordre judiciaire emploie l'expression « principes généraux de la procédure pénale⁵²⁷ ce qui ne vise absolument pas le même contenu que le principe fondamental de procédure qui nous intéresse.

*c)princip*essentiel*PROCHE4 procédure*

96 documents ont été trouvés grâce à cette occurrence de 1984 à 2002 sur Lamy. Sur les 96 documents précités, on trouve l'occurrence dans le moyen au pourvoi dans 55 arrêts, dans la motivation des juges du fond dans 20 décisions et dans les motifs de la juridiction suprême

⁵²⁷ Crim.14/11/96, pourvoi n°95-83.405 ; Crim. 03/09/96, pourvoi n°96-80.320 ; Crim. 11/01/96 ; Crim. 16/10/97, pourvoi n°96-84.460 ; Crim. 05/05/97, pourvoi n°96-84.387.

dans 21 arrêts. L'expression « principe(s) essentiel(s) de la procédure »⁵²⁸ ainsi celle de « principe essentiel de procédure »⁵²⁹, nous l'avions constaté précédemment, est un synonyme parfait du « principe fondamental de procédure ».

*d) princip*supérieur*PROCHE4 procédure*

Aucun document n'a été trouvé avec cette occurrence tant sur Legifrance que sur les juridiques Lamy.

*e) règle*fondamentale*PROCHE4procédure*

2 documents pertinents ont été trouvés sur Legifrance avant 1984 et 24 documents après 1984 sur Lamy. Sur l'ensemble des résultats obtenus, aucun arrêt ne comprend l'occurrence dans la motivation de la Cour de Cassation, la plupart laissant apparaître cette expression dans le moyen au pourvoi. On trouve par exemple dans les moyens au pourvoi l'invocation de la violation d'une règle fondamentale de la procédure civile ou de la règle fondamentale en matière de procédure collective de l'égalité des créanciers. On ne trouve qu'un arrêt dans lequel l'expression est mobilisée par les juges du fond (la Cour d'Appel note qu'il n'y a pas eu violation d'une règle fondamentale de procédure).

*f) droit*fondamental*PROCHE4procédure*

Aucun document trouvé n'est pertinent. En effet, il s'agit d'arrêts de la chambre criminelle qui visent le Code de Procédure Pénale et un droit fondamental autre.

*g) garantie*fondamentale*PROCHE4procédure*

Tous les documents obtenus avec cette interrogation nous livrent l'occurrence dans les moyens au pourvoi.

*h)liberté*fondamentale*PROCHE4procédure*

Aucun document pertinent n'a été trouvé à partir de cette interrogation.

⁵²⁸ Com. 2/05/01, pourvoi n°98-11.329, *Bull. IV n°83 p79*

⁵²⁹ Com. 30/03/93, *Bull. IV n° 132 p. 89* ; Com. 25/01/94, pourvoi n°91-20.220 ; Com. 26 avril 1994, pourvoi n°92-18.966 ; Com. 17/05/94, pourvoi n°92-11.008 ; Com. 6/12/94, pourvoi n°92-18.158 ; Com. 17/01/95, *inédit* ; Com.28/03/95, pourvoi n°92-18994, *Bull. IV n°108 p95* ; Com. 28/03/95, pourvoi n°92-20733, *inédit* ; Com. 6/06/95, pourvoi n°92-18.141 ; Com. 10/10/95, pourvoi n°93-14.242 ; Com. 24/10/95, pourvoi n°93-21.309 ; Com. 19/12/95, pourvoi n°92-18.134 ; Com.09/01/96, *inédit* ; Com.23/01/96, pourvoi n°93-19.372 ; Com. 5/03/96, pourvoi n°93-17.308 ; Com.9/07/96, pourvoi n°94-18.935 ; Com. 1/07/97, pourvoi n°94-13.548 ; Com.14/11/00, pourvoi n°97-22.659 ; Com.15/05/01, *inédit* ; Com. 5/02/02, pourvoi n°98-21.849.

*i) principe*constitutionnel*PROCHE3procédure*

Aucun document pertinent n'a été trouvé par le biais de cette interrogation.

*j) principe*PROCHE2 « valeur constitutionnelle »PROCHE3procédure*

Aucun document pertinent n'a été trouvé suite à cette interrogation.

2° Equivalents fonctionnels du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle

La seule interrogation qui a abouti à des résultats est celle faite avec le mot clé « principe » ; pour toutes les autres expressions, aucun arrêt n'a été identifiée. Ainsi à partir d'une interrogation portant sur le « principe de libre exercice d'une activité professionnelle », 18 documents ont été trouvés. Dans tous les arrêts, le principe est repris avec l'adjectif fondamental⁵³⁰. Ainsi le libre exercice d'une activité professionnelle est toujours présenté comme un principe fondamental.

3° Equivalents fonctionnels du principe fondamental de la contradiction

*a) Princip*PROCHE3contradiction*

Les résultats obtenus avec cette interrogation sont trop importants quantitativement pour qu'une analyse détaillée puisse être fournie. A titre d'illustration, sur les juridiques nous avons obtenus les résultats suivants : de 1984 à 1990 : 1310 documents ; de 1991 à 1996 : 1753 documents ; de 1997 à 2000 : 1476 documents et de 2001 à 2003 : 1092 documents.

De même, cette interrogation sur Legifrance nous a conduit à dénombrer 4321 arrêts.

b) principe général contradiction

L'interrogation a été menée ici sur Legifrance exclusivement. Nous avons obtenu 22 documents dont seulement 6 pertinents. Or parmi ces derniers, 3 arrêts contenaient l'occurrence dans le moyen au pourvoi tandis que 3 autres la contenaient dans la motivation des juges du fond. Ainsi la Cour de Cassation ne semble pas faire usage de cette expression.

⁵³⁰ Un seul arrêt mentionne le principe sans adjectif dans les motifs mais il ne fait que reprendre le principe qualifié de fondamental dans le chapeau du même arrêt. Soc. 25 février 2004. *Bull. V n°64 p59*

c) principe essentiel contradiction

L'interrogation menée sur Legifrance nous a donné un résultat : un arrêt de la chambre commerciale en date du 19 décembre 1995⁵³¹ dans lequel l'occurrence apparaît dans les motifs de la Cour de Cassation dans un attendu formulé de la sorte : « aucune disposition ne pouvant interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision rendue en violation du *principe de la contradiction, principe essentiel* de procédure». Nous retrouvons ici le principe essentiel de procédure dont nous savons qu'il est synonyme du principe fondamental de procédure.

d) principe supérieur contradiction

Un seul arrêt a été obtenu avec cette interrogation sur Legifrance : un arrêt rendu par la première chambre civile le 5 février 1991⁵³² dans lequel l'occurrence apparaît dans les motifs de la Cour de Cassation. Celle-ci use expressément de l'expression « principe supérieur de la contradiction » pour expliquer notamment qu'il s'agit d'un principe indispensable au déroulement d'un procès équitable. A VOIR.....

e) règle fondamentale de contradiction

Un seul arrêt a été obtenu avec l'interrogation sur Legifrance, arrêt qui n'est pas pertinent.

f) Garantie fondamentale de contradiction

Aucun document n'a été obtenu avec cette interrogation.

g) liberté fondamentale contradiction

204 documents ont été obtenus avec cette interrogation sur Legifrance mais aucune ne faisait apparaître l'expression de façon pertinente dans les motifs de la Cour de cassation. En effet, les occurrences apparaissent dans la majorité des cas dans le moyen au pourvoi qui fait valoir la violation de certains articles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ainsi que du principe du contradictoire et le défaut et la contradiction de motifs.

⁵³¹Com. 19/12/95, *inédit*.

⁵³²Civ. 1^{ère} 05/02/91, *Bull. I n°44 p28*.

h) droit fondamental contradiction

4 arrêts obtenus avec cette interrogation sur Legifrance mais aucun d'entre eux n'est pertinent.

i) principe constitutionnel contradiction ou principe à valeur constitutionnelle contradiction

Aucun document n'a été obtenu avec ces interrogations.

III- Interrogation sur des principes généraux du droit consacrés par le Conseil d'Etat

Nombreux sont les principes qui ont été qualifiés de « principes généraux du droit » par le Conseil d'Etat. La Cour de Cassation tient-elle compte de cette qualification ou pas ? Qualifie-t-elle lesdits PGD de principes « généraux » ou adopte-t-elle une terminologie complètement différente pour ces principes? Afin de répondre à ces interrogations, nous avons choisi trois principes qui ont été érigés au rang de PGD par le juge administratif et nous sommes allés voir ce qu'en « faisait » la Cour de Cassation.

a) le principe d'impartialité

L'interrogation a été menée sur Legifrance.

Avec le mot clé « impartialité » on obtient 1228 documents non triés donc il est impossible de tirer de quelconques résultats exploitables. Avec l'interrogation « principe impartialité » on obtient 88 arrêts jusqu'au 31 décembre 2002 dont seulement 78 pertinents. Sur ces 78 documents obtenus, 60 laissent apparaître l'occurrence dans le moyen au pourvoi ; 6 dans la motivation des juges du fond, 12 dans les motifs de la Cour de Cassation⁵³³ et 1 dans le dispositif de la juridiction suprême⁵³⁴.

Une analyse de ces arrêts nous ont conduit aux observations suivantes : alors que les requérants qualifient parfois ce principe de « fondamental »⁵³⁵ ou de « général »⁵³⁶, la juridiction suprême n'associe aucun adjectif particulier à ce principe dont pourtant elle fait

⁵³³ Crim. 29/11/95, *inédit* ; Civ. 1ère 13/11/96, *Bull. I n°391 p273* ; Civ. 1ère 3/12/96, *Bull. I n°427 p299* ; Crim. 04/02/98, *inédit* ; Soc. 18/11/98, *Bull. V n°506 p377* ; Com.18/05/99, *inédit* ; Crim. 27/10/99, *inédit* ; Crim. 22/02/00, *inédit* ; Com. 11/07/00, pourvois n°98-30366 et 98-30372, *Bull. IV n°143 p128* et pourvoi n°98-30356, *inédit* ; Soc. 07/03/01, *inédit* ; Com. 09/10/01, *Bull. IV n°160 p152*.

⁵³⁴ Civ. 3^{ème} 21/11/01, *inédit*.

⁵³⁵ Com. 22/10/96, *inédit* ; Crim 26/03/02, *inédit*.

⁵³⁶ Crim 29/05/02, pourvoi n°01-88823, *Bull. Crim. N°121 p43* et pourvoi n°02-81842, *inédit*.

usage à plusieurs reprises. Il s'agit pour elle d'un simple principe garanti par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

b) La liberté du commerce et de l'industrie

Ce principe a été érigé au rang de principe général du droit par le juge administratif dans un arrêt du Conseil d'Etat Compagnie Maritime auxiliaire d'Outre-Mer du 17 février 1967.

Devant la Cour de Cassation, l'interrogation sur Legifrance avec comme mot clef « liberté commerce et industrie » nous conduit à 210 documents jusqu'au 31 décembre 2002. Un rapide aperçu de ces résultats nous laisse penser que la juridiction suprême considère bien que cette liberté est un principe mais un principe non caractérisé expressément puisqu'aucun adjectif précis n'est adjoint à la norme. En affinant la recherche et en menant l'interrogation avec comme mot clé « principe liberté commerce et industrie », on obtient 91 documents jusqu'au 31 décembre 2002. Le premier arrêt mentionnant ce principe est un arrêt de la Chambre criminelle en date du 4 février 1898⁵³⁷ mais ce principe est mobilisé par le requérant dans le moyen au pourvoi. La Cour de Cassation mobilise pour la première fois ce principe dans un arrêt de la chambre Criminelle du 20 février 1964⁵³⁸. Par la suite, elle conservera cette appellation sans attribuer de qualification plus précise au « principe de la liberté du commerce et de l'industrie » et ce, malgré la volonté marquée de certains requérants de vouloir faire reconnaître une qualification plus précise à la Cour de Cassation. Ainsi, si le moyen au pourvoi qualifie parfois ce principe de principe « général »⁵³⁹ ou de principe « constitutionnel »⁵⁴⁰ ou encore de principe « fondamental »⁵⁴¹, « supérieur »⁵⁴² ou si les requérants rappellent qu'il s'agit d'un « principe général du droit »⁵⁴³, la juridiction suprême ne reprend aucun de ces qualificatifs et reste fidèle à l'expression sobre de « principe ».

c) Le principe d'égalité devant la loi

Ce principe a été érigé en principe général du droit par le juge administratif en 1958 dans un arrêt du Conseil d'Etat Syndicat des P. de forêts.

⁵³⁷ Crim. 04/02/1898, *Bull. 1898 n°49*.

⁵³⁸ Crim. 20/02/64, *Bull. Crim. N°63*.

⁵³⁹ Crim.24/11/82, *Bull. Crim. N°268*.

⁵⁴⁰ Crim. 04/01/86, *Bull. Crim. N°6 p14* ; Com. 09/05/90, *inédit* ; Crim. 15/02/93, *inédit*.

⁵⁴¹ Crim.26/04/00, *inédit*.

⁵⁴² Crim. 23/01/01, *inédit*.

⁵⁴³ Soc. 29/03/01, *Bull. V, n°112 p87*.

Devant la Cour de Cassation, l'interrogation sur Legifrance donne 66 documents jusqu'au 31 décembre 2002. Le premier arrêt dans lequel la juridiction suprême mobilise ce principe date du 7 avril 1976⁵⁴⁴. Dès ce premier arrêt la Cour de Cassation optera pour l'expression « principe de » sans qualificatif précis attribué au terme principe. Elle maintiendra cette terminologie malgré les différentes qualifications adoptées par les requérants ou les juges du fond. Ainsi, bien que parfois le moyen au pourvoi considère que ce principe est un « principe fondamental »⁵⁴⁵, un « principe général » ou que les juges du fond qualifie ce principe de principe « constitutionnel »⁵⁴⁶, la Cour de Cassation demeure fidèle à l'expression simple et dénuée de tout qualificatif de « principe d'égalité devant la loi ».

d) Droit de mener une vie familiale normale

Ce droit a été érigé en principe général du droit par le juge administratif dans un arrêt du Conseil d'Etat GISTI du 8 décembre 1978.

Devant la Cour de Cassation, l'interrogation menée sur Legifrance nous conduit à 10 résultats seulement. Or, dans ces dix arrêts, ce droit n'est mobilisé que par les parties et n'est jamais érigé en principe.

⁵⁴⁴Crim. 07/04/76, *Bull. Crim. N°105 p260* : « cette distinction ne saurait porter atteinte au principe d'égalité devant la loi dont se réclame le prévenu ».

⁵⁴⁵Crim. 02/05/90, *Bull. Crim. N°160 p424*.

⁵⁴⁶Soc. 28/05/98, *inédit* ; Crim 16/05/00, *Bull. Crim. 2000 n°192 p566* ; Ass. Plen. 10/10/01, *Bull. A.P. N°11 p25*. Dans Soc. 1/12/98, *inédit*, la même qualification est adoptée par le pourvoi.