

### **Atelier 3 : Constitution et pouvoir constituant**

Sous la responsabilité de Lucien Jaume et Jean-Pierre Machelon

#### **Communication : « Droits fondamentaux et supra constitutionnalité en France »**

David DUFFOURC, allocataire de recherche au laboratoire IRENEE,  
Nancy-Université

Bien que devenue incontournable pour la doctrine, l'expression « droits fondamentaux » est absente de notre texte constitutionnel, et son apparition dans la jurisprudence est assez récente. La première utilisation de ce terme par le Conseil Constitutionnel date en effet du 22 janvier 1990, il s'agissait alors pour lui de rappeler que les étrangers disposent des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »<sup>1</sup>. Il semble par ailleurs que son emploi tienne plus d'une réception de la doctrine et de l'influence internationale que d'une véritable construction prétorienne *ex nihilo*. D'ailleurs, le juge suprême se garde bien d'en donner une définition satisfaisante. Pour Olivier Duhamel, « les droits fondamentaux doivent être recherchés dans la Constitution de 1958, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946 et enfin dans les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, auxquels renvoie le Préambule précité. Certains de ces droits sont d'ailleurs consacrés par plusieurs textes, c'est notamment le cas pour le droit à l'égalité, les principes de la souveraineté et de la démocratie, ou encore certains aspects de la liberté »<sup>2</sup>. Cette définition, par sa forme particulièrement englobante, a le mérite de révéler la difficulté d'enchâsser les droits fondamentaux dans une catégorie trop rigide.

Ainsi le Conseil Constitutionnel dispose d'une large interprétation pour l'attribution du caractère fondamental à un droit particulier, ce qu'il fait d'ailleurs à titre très exceptionnel. Pourtant, le constituant lui-même a tenté d'insérer le concept de « droits fondamentaux » dans notre texte suprême : en avril 1990 tout d'abord, dans le cadre du projet de loi constitutionnelle n° 1203, où l'article 1<sup>er</sup> devait compléter l'article 61 de notre constitution, disposant ainsi « les dispositions de lois qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil Constitutionnel par voie d'exception à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». Malheureusement, le projet n'a pu voir le jour faute d'accord entre les deux assemblées. Une deuxième tentative d'insertion a alors été menée beaucoup plus récemment dans le cadre du comité Balladur sur la réforme de nos institutions : le comité proposait en effet d'ajouter à notre texte fondamental un titre XIII bis dénommé « le Défenseur des droits fondamentaux » dont le

---

<sup>1</sup> Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990

<sup>2</sup> In « Dictionnaire constitutionnel », O. Duhamel-Y. Meny, PUF, 1992, p. 339

nouvel article 78 de notre constitution devait assurer les règles de mise en place et fonctionnement. Malheureusement, si cette fonction a été consacrée dans la révision définitive et figure aujourd'hui à l'article 71-1 (titre XI-bis), sa dénomination s'est muée en « défenseur des droits », abandonnant finalement la qualification de « fondamental » qui aurait pu enfin être consacrée dans la Constitution de la Vème République. Nul doute que si ces avancées constitutionnelles avaient été insérées dans notre texte fondamental, le Conseil Constitutionnel n'aurait eu d'autre solution que de se prononcer clairement sur la notion de « droits fondamentaux », tant sur son contenu que sa profondeur. Mais en l'absence de toute inscription, le juge suprême se contente de dévoiler prudemment l'étendue des droits fondamentaux, dont la liste ne s'étoffe que par l'analyse casuistique<sup>3</sup>.

Cependant, même si la notion nécessite inmanquablement une interprétation, et renvoie en chacun à des considérations personnelles, le fait d'avoir conféré à certains droits une qualité de « fondamental », et les tentatives du pouvoir constituant dérivé de constitutionnaliser l'expression laissent logiquement supposer que les organes constitués ont voulu protéger tout particulièrement cette catégorie. Ceci amène donc inévitablement à se poser la question de la place des ces « droits fondamentaux » au sein de notre hiérarchie des normes. En effet, si le Conseil Constitutionnel comme le constituant ont tous deux cherché à qualifier précisément des droits ayant déjà valeur constitutionnelle - par la reconnaissance du Préambule de notre constitution, source de ces droits, comme appartenant pleinement au bloc de constitutionnalité - c'est vraisemblablement pour leur attribuer une place particulière dans l'ordonnement juridique. Peut-on leur attribuer dès lors le qualificatif de supra-constitutionnel ? Après tout, la question n'est pas nouvelle, même si elle n'appelle toujours pas de réponse universelle. Traditionnellement, la supra constitutionnalité connaît deux approches principales : un premier modèle, cristallisé par le droit naturel, et un second, plus empirique et plus récent, étant qualifié par Antonio Baldassarre<sup>4</sup> de « principe du raisonnable », c'est-à-dire l'existence de principes constituant les conditions sans lesquelles un système positif ne pourrait être applicable de façon adéquate. Historiquement, le droit naturel a longtemps connu son heure de gloire, relayé essentiellement par les Lois Fondamentales du Royaume et le souverain de « droit divin ». Mais si le droit naturel renvoie à des sources normatives extérieures et transcendantes, le « principe du raisonnable » est avant tout un moyen de résoudre les conflits de valeur intra-constitutionnelle. Ainsi, alors que le droit naturel relève d'une dimension quasi-mythologique, le principe du raisonnable est quant à lui guidé tant par la logique que la nécessité, sans que l'on remette en cause son caractère suprême et incontournable.

---

<sup>3</sup> Ainsi le Conseil a-t-il relevé que la liberté et la sûreté, le droit d'asile et les droits de la défense (décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la loi dite de maîtrise de l'immigration) ou encore le droit syndical et le droit de participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise (décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi Aubry) entrent dans la catégorie des droits fondamentaux.

<sup>4</sup> In « Aspects théoriques et historiques de la supra-constitutionnalité », journées franco-italiennes de Rennes, 7-10 oct. 1993, dans « journées de la société de législation comparée », Revue internationale de droit comparé, 1993, N° spécial vol. 15, p. 328 et suiv.

Cette question de la supraconstitutionnalité est loin d'être nouvelle, et elle fut débattue par de grands maîtres tels que Hauriou ou Duguit. Ainsi ce dernier affirmait-il : « le système des déclarations des droits tend à déterminer les limites qui s'imposent à l'action de l'Etat, et pour cela, on formule des principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire. Ces principes supérieurs, la déclaration des droits ne les crée point ; elle les constate et les proclame solennellement (...) *A fortiori*, le législateur ordinaire est-il lié par la déclaration des droits, et si il n'y a pas dans la constitution les dispositions rappelant ou garantissant les droits inscrits dans la déclaration, le législateur ordinaire n'en reste pas moins lié par la déclaration et il lui est toujours interdit de la violer, sous peine de faire une loi contraire au droit »<sup>5</sup>. Tout en rejetant la thèse jusnaturaliste, Duguit n'en affirmait pas moins le caractère supraconstitutionnel des droits fondamentaux par le biais des déclarations.

Cependant, on ne peut plus prendre appui sur ces positions à l'heure actuelle. Comme l'a brillamment démontré Louis Favoreu<sup>6</sup>, le contexte juridique et institutionnel a profondément évolué, conduisant ses propos jusqu'à l'obsolescence. En effet, les temps ont changé, entraînant avec eux l'évolution de l'Etat et de la conscience collective. La révision constitutionnelle, devenue courante, mais aussi l'existence effective d'une justice constitutionnelle et le développement de principes transnationaux ont rendu inaudibles les propos de Duguit. La doctrine a donc été conduite à définir une nouvelle supraconstitutionnalité, s'attachant à la dimension pratique de la position de nos institutions en cette matière, et tenant compte avant tout de « sa positivation, c'est-à-dire de son inclusion dans la Constitution elle-même »<sup>7</sup>. Cette positivation a nécessairement entraîné une nouvelle conception, plus pragmatique, détachée de toute considération philosophique ou théologique, et une prise de position sur cette question par les tribunaux constitutionnels. Ainsi, certaines cours constitutionnelles européennes ont reconnu la valeur coercitive de certains principes sur l'action du constituant, et donc *a fortiori* leur valeur supérieure à la Constitution. L'exemple allemand est parmi les plus connus, puisque l'article 79 al. 3 empêche toute révision portant sur la structure fédérale, mais aussi sur l'article 1 (dignité de la personne humaine), l'Etat de droit ainsi que le droit de résistance à l'oppression. Mais la république fédérale est loin d'être la seule à affirmer des intangibilités constitutionnelles. Marie-Françoise Rigaux a recensé 33 constitutions affirmant des principes irréversibles (sur 142 étudiées)<sup>8</sup>, et ce sur tous les continents et tous les objets envisageables : Maroc, Cambodge (garantie de la monarchie), Cameroun (protection de l'unité et de l'intégrité de la fédération), Portugal (entre autres, indépendance des tribunaux, autonomies des collectivités

---

<sup>5</sup> In « Traité de droit constitutionnel », L. Duguit, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 183 et s.

<sup>6</sup> In « supraconstitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en droit privé et en droit public français », journées franco-italiennes de Rennes, 7-10 oct. 1993, dans « journées de la société de législation comparée », Revue internationale de droit comparé, 1993, N° spécial vol. 15, p. 461 et suiv.

<sup>7</sup> In « théorie et pratique du pouvoir constituant », C. Klein, PUF, 1996, p. 162

<sup>8</sup> In « Théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante », M. F. Rigaux, Bruxelles, Larcier, 1985.

territoriales, droits-libertés des citoyens), Autriche, Turquie, Mali ou encore Inde, dont la cour constitutionnelle s'est arrogée le pouvoir de détermination des normes fondamentales<sup>9</sup> insusceptibles d'être modifiées par le pouvoir constituant dérivé. Parmi eux, l'on trouve le principe de séparation des pouvoirs, la laïcité, la structure démocratique et républicaine, le fédéralisme, et aussi l'essence des droits fondamentaux... Le contenu des principes supra-constitutionnels est donc très variable selon les systèmes internes, et leurs moyens d'identification sont pour le moins difficiles à déterminer<sup>10</sup>.

Eu égard à l'impossibilité matérielle de réviser les articles sur ces principes, on en déduit aisément le caractère intrinsèquement supra constitutionnel de ces derniers. Les droits fondamentaux ont donc dans certains systèmes internes une réelle valeur supra constitutionnelle.

Mais la problématique est différente en France, puisque le Conseil Constitutionnel n'a jamais clairement affirmé l'existence de règles hors de portée de la révision constitutionnelle. Seule la « forme républicaine du gouvernement » s'est vue traitée par notre juridiction suprême, et ce dans la mesure où son intangibilité est constitutionnalisée dans l'article 89 alinéa 5 de la Constitution de la Vème République (on peut y ajouter les limites temporelles ou circonstanciées de révision de la constitution qui sont exposées dans les articles 7,16 et 89 al. 4 de la Constitution). Mais le Conseil reste obscur en matière de droits fondamentaux, alors même qu'il consacre la terminologie depuis peu. Ne serait-ce pas dès lors l'amorce d'une reconnaissance du caractère supraconstitutionnel de certains droits, dont la qualification de « fondamental » leur assurerait une pérennité dans le texte suprême ? Il est évidemment délicat de trancher une telle question. Car si attractives que soient les sirènes de la supraconstitutionnalité, le Conseil Constitutionnel s'est toujours refusé d'y répondre : au-delà des difficultés théoriques de celle-ci, au premier rang desquelles figure la difficile conciliation de la souveraineté nationale et de l'intangibilité de certaines normes, le juge constitutionnel français n'a jamais voulu limiter le pouvoir constituant (I), qu'il soit originaire ou dérivé (A), et lui a toujours permis de passer outre ses décisions par le biais de la réforme constitutionnelle, quitte à introduire de nouvelles règles *a priori* incompatibles avec celles pré-existantes (B). Cependant, la naissance d'une nouvelle catégorie « droits fondamentaux » laisse supposer que, même sans brider le constituant, le juge suprême a voulu garantir une suprématie de ces droits sur d'autres dispositions de valeur constitutionnelle (II). Cela lui permettrait d'assurer l'intangibilité d'un droit devenu fondamental par convention internationale et appartenance au bloc de constitutionnalité face à l'activité législative et constitutionnelle interne (A), mais aussi protéger de manière efficace un droit national face à une législation internationale (B).

---

<sup>9</sup> affaire Indira Gandhi v. Raj Narain, AIR, 1975, SC 2299

<sup>10</sup> Pour un éclairage précis sur ce point, voir l'article de M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », in journées franco-italiennes de Rennes, 7-10 oct. 1993, dans « journées de la société de législation comparée », Revue internationale de droit comparé, 1993, N° spécial vol. 15, p. 337 à 355.

## **I. Les impossibles limites au pouvoir constituant français**

### **A. le juge constitutionnel garant de la suprématie... du constituant**

La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 a voulu exposer « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme » selon la formule consacrée dans son préambule. On devine aisément à travers ce vocabulaire la volonté de transcender le simple contenu technique des droits énumérés. Mais on ne peut pousser le raisonnement à l'extrême, puisqu'il n'était pas question pour les constituants de l'époque de lier éternellement le peuple français par les prises de position de l'Assemblée révolutionnaire. Quelles que soient ainsi les formules incantatoires de la Déclaration de 1789, l'article 28 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui précède la constitution du 24 juin 1793 dispose en effet : « un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »<sup>11</sup>, règle déjà affirmée par la Constitution du 3 septembre 1791 : « la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution »<sup>12</sup>.

La tradition française en matière de pouvoir de révision a donc été affirmée très tôt et reste constante en ce qui concerne les limites apportées au pouvoir constituant originaire : au regard du principe de souveraineté nationale, il est inenvisageable de borner sous quelque forme que ce soit le constituant originaire. Ce serait de plus, une opération périlleuse : comment accepter qu'un texte, rédigé il y a plus de deux siècles par une assemblée autoproclamée et révolutionnaire, quelle que soit par ailleurs sa qualité, puisse lier à tout jamais le peuple français ? Ce serait reconnaître à l'assemblée de l'époque une légitimité plus forte que celle du peuple français présent, mais aussi à venir... Il est donc naturellement impossible de défendre cette théorie dès lors qu'on la confronte à notre droit positif.

Ainsi, dès qu'il en a eu l'occasion, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé en ce sens. Le 6 novembre 1962, soit quelques années après sa naissance, il s'est ainsi refusé de contrôler la constitutionnalité de la loi référendaire, pour raison d'incompétence, estimant que relève de sa compétence uniquement « les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>13</sup>. La première marche est donc dévoilée : pour le juge français, aucun principe ne peut venir limiter la souveraineté nationale dès lors qu'elle s'exprime directement. Cette décision a fait l'objet d'une confirmation ultérieure à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht. Dans sa décision Maastricht II, le Conseil Constitutionnel expose dans son considérant 19 « que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut

---

<sup>11</sup> Constitution du 24 juin 1793, sur le site du Conseil Constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

<sup>12</sup> Titre VII de la Constitution du 3 septembre 1791, sur le site du conseil constitutionnel.

<sup>13</sup> Décision n° 62-20 DC du 6 Novembre 1962

pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée (...)»<sup>14</sup>. Dès lors, on comprend que l'intangibilité totale est exclue définitivement par la juridiction française, et qu'elle se prononce conformément aux principes de 1791 puis 1793. Cependant, la variation dans la formulation entre les deux décisions laissait un doute sur la limitation du pouvoir constituant : si le pouvoir constituant originaire est sans limite, est-ce le cas du pouvoir constituant dérivé ? En effet, le fait d'avoir ajouté les limites contextuelles des articles 7, 16 et 89 alinéa 4 et 5 à la formule affirmant la souveraineté du pouvoir constituant pouvait laisser croire à une souveraineté limitée de ce pouvoir dès lors qu'il agit en tant qu'organe institué, c'est-à-dire par le biais du Congrès.

Bruno Genevois a clairement défini la distinction entre les deux pouvoirs : « On sait que le pouvoir constituant est dit originaire lorsqu'il établit une nouvelle Constitution, soit à l'occasion de la naissance d'un Etat, soit dans une hypothèse de rupture avec l'ordre juridique ancien provenant d'une révolution ou d'un coup d'Etat.[...] Le pouvoir constituant est « institué » ou « dérivé » lorsqu'il intervient dans un contexte de continuité constitutionnelle, « soit par amendement de la constitution en vigueur, soit par révision d'ensemble mais conformément à la procédure par elle établie »<sup>15</sup>, en faisant appel aux organes qui ont été constitutionnellement habilités à réviser la Constitution. »<sup>16</sup>. Dès lors, il faut envisager la supraconstitutionnalité comme l'ensemble des règles garantissant la stabilité d'un régime. Les dispositions constitutionnelles peuvent évoluer, certaines règles peuvent se voir modifier, en fonction notamment de l'évolution des besoins sociaux, mais quelques principes, ceux-là mêmes qu'on distingue comme étant supraconstitutionnels, sont invariables car ils garantissent l'équilibre même et la cohérence du régime déterminé par le pouvoir constituant originaire. Et parmi ces principes, on peut y trouver les droits fondamentaux, contenus d'ailleurs dans la loi du 3 juin 1958 qui voulait les protéger par la formulation du « respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'homme à laquelle il se réfère »<sup>17</sup>.

Certes, les limitations matérielles au pouvoir de révision souffrent de nombreux problèmes de justifications, que ce soit le problème de la mise en abyme ou « régression à l'infini » (révision de la clause de révision<sup>18</sup>), ou celui de l'organe chargé du contrôle. Car on sait qu'en absence d'un contrôle

---

<sup>14</sup> Décision n° 92-312 DC du 2 Septembre 1992

<sup>15</sup> In « Dictionnaire constitutionnel », O. Duhamel, PUF, Mars 1992, p. 778

<sup>16</sup> In « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », Bruno Genevois, rencontres franco-italiennes de Florence des 24 et 25 septembre 1998, publié à la RFDA n°5 (sept-oct 1998) p. 929.

<sup>17</sup> Quatrième point de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, sur [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

<sup>18</sup> Voir sur ce point les propos de L. Favoreu, in « souveraineté et supra constitutionnalité », Pouvoirs, n°67, PUF, 1993, p.76 ou encore ceux de V. L'Hôte, in « la forme républicaine du gouvernement à l'épreuve de la révision constitutionnelle de mars 2003 », RDP 2003, p.119.

de constitutionnalité des lois, la supériorité de la Constitution était purement théorique. C'est évidemment le même raisonnement pour les limites au pouvoir constituant : en l'absence de contrôle du respect des limites, celles-ci restent seulement théoriques.

Ainsi, le Conseil constitutionnel disposait encore jusqu'à récemment de la possibilité d'effectuer un tel contrôle. Mais le 26 Mars 2003, il a clairement affirmé sa volonté de refuser une telle prérogative, en refusant de contrôler une loi constitutionnelle votée par le Congrès par une court décision, estimant qu'un tel contrôle ne relève pas de sa compétence<sup>19</sup>. Par cette décision, il refuse de contrôler le pouvoir constituant dérivé, à savoir le Congrès, et aucun autre organe n'est habilité à le faire. On peut donc logiquement penser que le constituant, qu'il soit originaire ou dérivé, peut modifier sans difficulté la Constitution et les limites qui y sont incluses, à l'instar de la modification de l'article 90 de la Constitution de 1946 opérée en 1958... pour changer de constitution.

Il aurait été possible pour le Conseil d'accepter ce contrôle, comme l'a d'ailleurs fait la Cour constitutionnelle italienne. Les deux ordres juridiques présentent de nombreuses ressemblances, dont notamment la forme républicaine du gouvernement qui ne peut faire l'objet de révision<sup>20</sup>. Pourtant, le juge constitutionnel italien s'est prononcé différemment, puisqu'il a admis sa compétence pour « se prononcer sur les lois constitutionnelles au regard des principes suprêmes de l'ordonnement constitutionnel »<sup>21</sup>. La position du Conseil Constitutionnel est donc autant idéologique que juridique : par son refus de contrôler la révision constitutionnelle, validée aussi bien par le peuple que par le Congrès, il refuse par le même occasion de limiter le pouvoir constituant. Il paraît donc difficile de continuer à soutenir l'existence de principes supraconstitutionnels, et parmi eux les droits fondamentaux, puisque le Conseil semble laisser le champ libre au constituant<sup>22</sup>. Le juge constitutionnel va même jusqu'à systématiquement s'incliner devant les réformes constitutionnelles qui touchent directement à ces droits fondamentaux, issus de la Déclaration de 1789, du Préambule de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

## B. des atteintes constitutionnelles directes aux droits fondamentaux

Les décisions de 1962 et 2003 semblent mettre un terme au mythe de la supraconstitutionnalité, par la reconnaissance du pouvoir constituant illimité. Les droits fondamentaux ne sont donc pas une limite aux pouvoirs dont dispose le constituant, qu'il soit originaire ou même dérivé. Mais le Conseil Constitutionnel va plus loin encore, puisqu'il a accepté directement des entorses induites par le constituant aux droits fondamentaux, laissant ainsi subsister au sein du texte

---

<sup>19</sup> Décision 03-469 DC du 26 Mars 2003

<sup>20</sup> Article 89 al. 5 de la Constitution française de 1958 et article 139 de la Constitution italienne de 1948.

<sup>21</sup> Décision n° 1146 du 15 Décembre 1988, cité par Bruno Genevois, *in* « les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *op. cit.*

<sup>22</sup> Voir à ce sujet l'article de J.-P. Camby, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », RDP 2003, p. 671 à 688.

fondamental des normes qu'il avait jugées incompatibles. Ceci peut s'expliquer par l'imbrication des systèmes politiques et juridiques au sein du Conseil : en effet, bien qu'indépendant en théorie, il ne faut pas oublier que celui-ci est nommé directement par le pouvoir politique. « Lorsque le peuple s'est prononcé sans ambiguïté, ou ses représentants élus, on ne peut guère accepter qu'un organe dont les membres sont nommés puisse exercer une quelconque censure » souligne à juste titre Pierre Pactet<sup>23</sup>. On comprend aisément que le Conseil, juge de droit, se refuse à empêcher totalement l'action politique sur des critères qui ne relèveraient que de sa seule volonté. D'autant plus qu'il suffit au constituant d'intervenir pour sonner le glas des réserves émises par le juge suprême.

Ainsi, le problème de la discrimination positive est particulièrement riche en enseignement, car il porte atteinte directement au principe d'égalité, pourtant affirmé par le 1<sup>er</sup> article de notre constitution et le 1<sup>er</sup> article de la Déclaration de 1789. Ce principe est indiscutablement un droit fondamental (au même titre que la liberté ou la propriété<sup>24</sup>) comme d'ailleurs tous les droits qui en découlent<sup>25</sup>. Le Conseil a permis un premier glissement par une décision du 17 janvier 1979, où il justifie que « si le principe d'égalité devant la loi ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi<sup>26</sup> ». C'était là la première reconnaissance de ce qu'on peut qualifier d' « égalité différentielle », qui constitue une atteinte directe au principe d'égalité devant la loi.

Mais la preuve la plus éclatante de la soumission du Conseil Constitutionnel face à la volonté politique concerne sans nul doute la parité. Les trois décisions dites « quotas par sexe » illustrent parfaitement comment le législateur, à partir d'une réforme totalement incompatible avec plusieurs points de la constitution et portant une atteinte délibérée aux droits fondamentaux, va réussir à s'imposer en modifiant de manière simple le texte fondamental. Selon Pierre Mazeaud, « Le respect des principes énoncés dans la Déclaration de 1789 a conduit immanquablement la jurisprudence du Conseil Constitutionnel à n'admettre les discriminations positives que lorsqu'elles promeuvent l'égalité des chances en combattant les difficultés rencontrées par certains groupes pour s'insérer dans la société. Sauf habilitation constitutionnelle particulière, elles sont en revanche jugées contraires au principe d'égalité lorsqu'elles tendent à réserver des places et à instaurer des quotas<sup>27</sup> ». Or le Conseil Constitutionnel a censuré en 1982 la distinction qu'opérait la loi entre candidats aux élections

---

<sup>23</sup> In « le Conseil Constitutionnel et l'œuvre constituante », Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, 2007, p. 1376.

<sup>24</sup> In « Dictionnaire constitutionnel », O. Duhamel-Y. Meny, PUF, 1992, p. 339

<sup>25</sup> Par exemple, l'égalité des sexes, l'égalité devant la loi, les charges publiques, l'impôt, la justice, l'égal accès à l'instruction...

<sup>26</sup> Décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979, considérant 2.

<sup>27</sup> In « Vœux du président du Conseil Constitutionnel Pierre Mazeaud au président de la république », 3 janvier 2007, p.8, sur le site du Conseil constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

municipales en raison de leur sexe<sup>28</sup>, considérant à juste titre que cette loi méconnaissait non seulement l'article 3 de la Constitution mais aussi les dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen dans son article 6. Cette solution a d'ailleurs été confirmée en 1999 dans le cadre de la loi sur les élections régionales<sup>29</sup> : « Considérant que, en l'état, et pour les motifs énoncés dans la décision susvisée du 18 Novembre 1982, la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité dans des conditions identiques à tous (...) sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe ». La formulation « en l'état » est sans équivoque : le Conseil admet la possibilité de déroger à ce principe s'il y a intervention du constituant et modification de la Constitution.

Et en l'occurrence le constituant, par l'intermédiaire du Congrès le 28 juin 1999, a finalement réussi à contourner la Déclaration en complétant les articles 3 et 4 de notre constitution, laissant ainsi subsister au cœur de cette dernière deux dispositions que le Conseil avait pourtant jugées logiquement contraires : les nouveaux articles 3 et 4 de la constitution, visant à permettre au législateur de mettre en place la parité politique, et l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La décision du 30 Mai 2000 vient entériner cette dérogation induite par le constituant : « (...) rien ne s'oppose (...) à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou des principes de valeur constitutionnelle »<sup>30</sup>. L'existence d'une supraconstitutionnalité en France est donc niée, au même titre que les limites au pouvoir de révision. Et Pierre Mazeaud de constater : « Qu'on se réjouisse ou qu'on le regrette, le Conseil ne se prononce qu'en « l'état » de la constitution. Aussi la décision « conseils régionaux » du 14 janvier 1999, par sa formulation même, acceptait-elle par avance que le pouvoir constituant, s'il le jugeait bon, fît plier les exigences constitutionnelles en vigueur, fussent-elles contenues dans la Déclaration de 1789<sup>31</sup> ».

Certes, on ne peut aller jusqu'à dire que le constituant méconnaît gravement les dispositions de la déclaration, car comme l'a rappelé Pierre Mazeaud, il s'agit avant tout d'user de la loi pour doter les principes d'une réelle effectivité : ici, la loi devient avant tout un contrefort pour garantir l'égal accès des personnes aux mandats électifs ; c'est pour mettre fin à l'inégalité de fait que la loi discrimine, quitte à mettre un voile sur l'égalité de droit... D'autre part, s'il ne limite pas le constituant, le Conseil Constitutionnel a toujours interprété le nouvel article 3 de la Constitution de manière restrictive, limitant ainsi la portée de l'atteinte faite aux droits fondamentaux.

Cet épisode de la vie constitutionnelle française renvoie en outre à une autre interrogation légitime : pourquoi avoir modifié les articles 3 et 4 de la Constitution plutôt que d'amender la

---

<sup>28</sup> Décision n° 82-146 du 18 Novembre 1982

<sup>29</sup> Décision n° 98-407 du 14 janvier 1999, §12

<sup>30</sup> Décision n° 2000-429 DC du 30 Mai 2000, considérant 6.

<sup>31</sup> In « Vœux du président du Conseil Constitutionnel Pierre Mazeaud au président de la république », 3 janvier 2007, p. 10.

Déclaration ? Après tout, le Conseil Constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du préambule, et donc *a fortiori* de la Déclaration, ce qui laisse supposer que cette dernière est révisable dans les mêmes conditions que le reste de notre constitution. Mais ce serait méconnaître la difficulté politique que représenterait une telle révision : il apparaît en effet difficile de croire qu'un dirigeant politique puisse annoncer une révision des droits de l'Homme ! Sans nul doute, le Congrès ou le peuple par le biais du référendum se refuseraient tous deux à modifier le sacro-saint texte. Or ce sont eux qui disposent du pouvoir constituant. Ce qui montre évidemment que la déclaration dispose d'une aura particulière, qui en fait à la fois un texte à caractère normatif mais aussi un symbole idéologique, car le pouvoir constituant se limite lui-même en refusant sa modification. La Déclaration est en effet restée intacte depuis sa rédaction par l'Assemblée Nationale le 26 août 1789, peut-être parce que « D'un point de vue sociologique ou historique, la déclaration de 1789 constitue un acquis irréversible dans l'esprit du peuple français... Pour les Français, la déclaration de 1789 est un trésor intangible. Cela interdit de lui retrancher quoi que ce soit, mais une série d'acquis, née du progrès social, du progrès de la démocratie, etc... doivent pouvoir y ajouter »<sup>32</sup>, comme le reconnaissait le doyen Vedel, pourtant fervent pourfendeur de la supra constitutionnalité.

Si le Conseil se refuse, légitimement ou non, à limiter le pouvoir constituant, et autorise par ricochet des atteintes aux droits fondamentaux contenus essentiellement dans le préambule de la Constitution, le fait que le pouvoir politique se défende de modifier ces textes constituent nécessairement une opportunité pour le juge constitutionnel en vue de la défense de la catégorie « fondamentale ». En effet, en laissant subsister deux normes *a priori* contradictoires, le constituant permet au Conseil Constitutionnel de pouvoir choisir l'autre plutôt que l'une. D'ailleurs, le Conseil lui-même n'a pas relevé dans sa décision du 30 Mai 2000 « quotas par sexe III » l'incompatibilité - pourtant manifeste eu égard aux objectifs de la réforme constitutionnelle - du nouvel article 3 de la Constitution et de l'article 6 de la Déclaration. Le refus de modifier la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946 conduit logiquement à laisser aux droits qui y sont inclus une valeur constitutionnelle, quelles que soient par ailleurs les dispositions nouvelles de la constitution. Ainsi, le Conseil dispose donc toujours de la faculté d'invoquer ces droits comme étant opposables au législateur, voire au Constituant : en invoquant le caractère fondamental d'un droit, le juge pourrait faire primer celui-ci sur une autre disposition de la Constitution, et donc, indirectement, neutraliser cette dernière.

---

<sup>32</sup> In « La déclaration des Droits et la jurisprudence », G. Vedel, PUF, 1989, p. 72

## **II. La fundamentalité comme critère hiérarchique dans le bloc de constitutionnalité**

Si la démarche prétorienne du Conseil nous oblige à abandonner l'existence d'une supraconstitutionnalité des droits fondamentaux – au sens où le constituant n'est en aucun cas limité par eux – l'émergence de cette terminologie spécifique à certains droits dans la jurisprudence et son utilisation constante par la doctrine conduit nécessairement à une catégorisation de ceux-ci. Il est envisageable que le juge constitutionnel français, conformément à la position du juge administratif qui étoffe régulièrement la notion, cherche à créer lui-même un ensemble de droits qui mériteraient une protection particulière, qu'il s'agisse de les défendre face au législateur et au constituant lui-même (A) ou même face au droit conventionnel (B).

### **A. Les droits fondamentaux : un patrimoine national à sauvegarder**

Les droits fondamentaux selon Olivier Duhamel sont inscrits à la fois dans la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et dans les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces derniers sont « découverts » par le Conseil Constitutionnel, et sont donc inaccessibles *a priori* au constituant, même s'il en est nécessairement à l'origine. Quant aux deux autres sources, elles apparaissent difficilement modifiables, car leur éclatante symbolique empêche le constituant de se sentir légitime pour les réviser.

Or, progressivement, le Conseil Constitutionnel semble se détacher de la référence à la constitutionnalité des droits fondamentaux, jusqu'à les présenter comme étant autonomes<sup>33</sup>. Ainsi, comme l'affirme Jérôme Favre et Boris Tardivel, « au vu de la jurisprudence (...) du Conseil Constitutionnel, en particulier de la décision du 10 juin 1998 dont l'introduction des droits économiques et sociaux dans l'énumération des droits fondamentaux n'est pas le moindre des apports, tout laisse à penser que la catégorie décrite tend à acquérir une certaine autonomie »<sup>34</sup>. Cette autonomisation de la catégorie conduirait à créer au sein même du bloc de constitutionnalité un bloc de « fundamentalité », qui pourrait permettre à ce dernier de l'emporter en cas de conflit avec une norme de simple valeur constitutionnelle.

---

<sup>33</sup> Dans les décisions n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 et n° 93-325 DC du 13 août 1993, le Conseil Constitutionnel précise qu'il s'agit de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », alors que les décisions n° 97-389 DC du 22 avril 1997 et n° 98-401 DC du 10 juin 1998, il fait seulement référence aux « libertés et droits fondamentaux » !

<sup>34</sup> In « Recherche sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », J. Favre et B. Tardivel, RDP 2000, p.1424

Cette idée d'une hiérarchie au sein du corpus constitutionnel n'est pas nouvelle, puisque dès 1982, le Conseil avait évoqué des droits figurant « au même rang »<sup>35</sup> à propos de l'article 2 de la Déclaration de 1789. Les commentateurs avaient alors conclu à une certaine hiérarchie matérielle au sein des normes constitutionnelles, qui conduirait dès lors le Conseil à préférer un droit « fondamental » à tout autre droit<sup>36</sup>, même de valeur constitutionnelle. Ainsi, si le Conseil ne s'estime pas habilité pour limiter le constituant dans sa démarche novatrice, il n'en limite pas moins les effets des dérogations faites aux droits fondamentaux. La décision du 13 août 1993<sup>37</sup> relative à la maîtrise de l'immigration, où le juge reconnaissait le caractère fondamental du droit d'asile, avait été contournée par le biais de la révision constitutionnelle du 19 Novembre 1993. Or dans sa décision du 22 avril 1997<sup>38</sup>, il fait fi de cette réforme constitutionnelle et se réfère de nouveau au préambule de 1946 pour invoquer le droit d'asile. Certes, le Conseil cède en cas de révision constitutionnelle (comme ce fut le cas dans les décisions « quotas par sexe »), mais la survie à cette révision des sources de droits fondamentaux lui permet de les « verrouiller » de nouveau. La catégorisation des droits fondamentaux permet ainsi au Conseil de se libérer des textes, mais aussi d'établir un ordre de préférence au sein de l'ensemble des normes de valeur constitutionnelle. Selon cette logique, les droits fondamentaux disposent d'une double appartenance lorsqu'ils sont utilisés par le Conseil : ils font partie du bloc de constitutionnalité, à l'intérieur duquel existe un bloc de « fondamentalité ».

Si la terminologie « droits fondamentaux » a fait son apparition dans la jurisprudence du Conseil, c'est essentiellement sous l'impulsion du droit européen en général et du droit communautaire en particulier, qui depuis la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen du 4 Novembre 1950 ou la Charte des droits fondamentaux de 2000 consacre régulièrement la formule, tant dans les actes conventionnels<sup>39</sup> que juridictionnels. Et si le Conseil constitutionnel se refuse toujours à être juge de la conformité aux conventions, il ne peut plus aujourd'hui ne pas tenir compte des engagements de la France, comme le font déjà le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation. En effet, le Conseil Constitutionnel a rappelé « la fameuse formule latine : *pacta sunt servanda*, (9 avril 1992) après avoir, par deux fois (3 septembre 1986 et 23 juillet 1991), souligné que les organes de l'Etat devaient veiller à l'application des conventions internationales »<sup>40</sup>. La catégorisation des droits fondamentaux peut donc apparaître dans un premier temps comme le moyen de rappeler au constituant les obligations internationales qui le lie : le juge constitutionnel, en rappelant l'existence de ces droits fondamentaux, intervient en amont pour souligner la possibilité de sanction par la Cour

---

<sup>35</sup> Décision n° 82-132 DC du 16 janvier 1982. Dans ce cas précis, il s'agissait pour le Conseil de considérer que « le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et (...) est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression » (considérant 16).

<sup>36</sup> Voir notamment les développements d'Etienne Picard, *in* « l'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, n° spécial, 1998, p. 7 et suiv.

<sup>37</sup> Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993

<sup>38</sup> Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997

<sup>39</sup> Exemple parmi d'autre, l'article 6-2 du Traité sur l'Union européenne : « l'Union respecte les droits fondamentaux ».

<sup>40</sup> *In* « Existe-t-il des normes supraconstitutionnelles ? », S. Arné, RDP 1993, p. 466.

européenne des droits de l'Homme ou même la Cour de Justice des Communautés européennes. Voilà peut être ce qui distingue en premier lieu la simple constitutionnalité de la fondamentale : la reconnaissance de ces droits par une convention dont la France est signataire. Louis Favoreu illustre bien cette possibilité : « Il y a toute une série d'hypothèses dans lesquelles on pourrait faire appel à ces normes supraconstitutionnelles internationales : par exemple s'il y avait une loi constitutionnelle établissant des discriminations raciales, ou supprimant l'interdiction des discriminations raciales. Il paraîtrait difficile de ne pas considérer que la France pourrait être condamnée pour cette loi constitutionnelle [...]. Le juge national pourrait lui-même utiliser des normes supraconstitutionnelles internationales pour contrôler les lois constitutionnelles. Ainsi, on pourrait concevoir qu'il oppose à une loi constitutionnelle supprimant l'interdiction des discriminations raciales des normes supraconstitutionnelles internationales »<sup>41</sup>. Bien sûr, Favoreu était un fervent défenseur de la supraconstitutionnalité, et il utilise son exemple pour justifier le contrôle de constitutionnalité au regard du droit international.

Or comme il a été dit en *infra*, ce n'est pas le cas du Conseil Constitutionnel. D'aucune manière il ne considère les normes internationales comme étant supraconstitutionnelles, puisqu'elles ont une simple valeur supralégislative. Mais la combinaison de la reconnaissance constitutionnelle et conventionnelle pourrait permettre à un droit d'être qualifié de fondamental par le juge constitutionnel français, et donc de primer sur d'autres dispositions constitutionnelles, « en l'état » de la constitution.

Si par exemple, les autorités tentaient de légiférer, pour garantir l'objectif à valeur constitutionnelle de pluralisme des courants d'expression socioculturels<sup>42</sup>, en imposant des quotas raciaux au sein des différents médias : nul doute que malgré les tentatives de conciliation<sup>43</sup> entre normes - que le juge a toujours préféré à l'exclusion de l'une d'entre elles - il déclarera ce projet de loi non-conforme à la Constitution. Mais, comme dans ses décisions « quotas par sexe », il ne pourra s'y opposer en cas de révision constitutionnelle. Cependant, une telle réforme se verra logiquement sanctionnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes eu égard au chapitre 3 de la charte des droits fondamentaux... La reconnaissance par convention d'un droit ne lui ouvre dans l'ordonnement juridique qu'une place inférieure à la Constitution, mais si celui-ci est déjà inclus dans le bloc de constitutionnalité, il devient « fondamental » et il est donc impératif pour le Conseil de non seulement le protéger face au législateur (ce qui est le rôle premier du Conseil Constitutionnel) mais aussi de mettre en garde le constituant qui y porterait atteinte, s'exposant dès lors *a fortiori* à une sanction.

---

<sup>41</sup> In « supraconstitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en droit privé et en droit public français », L. Favoreu, journées franco-italiennes de Rennes, 7-10 oct. 1993, dans « journées de la société de législation comparée », Revue internationale de droit comparé, 1993, N° spécial vol. 15, p. 468-469.

<sup>42</sup> Voir par exemple décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996.

<sup>43</sup> le Conseil cherche en effet toujours à concilier les normes de valeur constitutionnelle, dans sa décision n° 97-389 DC du 22/04/1997, il exprime dans le considérant 10 qu'il « il lui appartient de concilier cet **objectif** avec le respect des libertés et droits fondamentaux ».

Cette ouverture de la notion de droits fondamentaux par le juge constitutionnel français peut donc être regardée comme un critère hiérarchique au sein de la Constitution, et ainsi le Conseil peut alerter les organes constitués sur le caractère prioritaire d'un droit que la Constitution entend défendre. Cependant, les droits fondamentaux reconnus par les traités et la jurisprudence européenne sont somme toute assez limités, et portent essentiellement sur la personne humaine. Or le Conseil semble ouvrir le concept bien au-delà des frontières de l'humain, en reconnaissant entre autres des droits fondamentaux en matière économique<sup>44</sup>. La « conventionnalité » n'est donc pas le seul critère permettant l'accès d'un droit constitutionnel au rang de « droit fondamental ». La catégorisation des droits fondamentaux peut dès lors avoir un autre objectif : celui de limiter les atteintes portées à certains droits par le droit communautaire dérivé.

#### B. la fundamentalité, ou le substrat de « l'identité constitutionnelle de la France »

Dans sa décision du 27 juillet 2006 relative aux droits d'auteur, le Conseil Constitutionnel affirme que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>45</sup>. Cette notion n'est pas hélas, volontairement ou non, définie par le Conseil, qui pourtant la réintroduit la même année dans la décision portant sur la loi relative au secteur de l'énergie<sup>46</sup>. Pierre Mazeaud nous renseigne substantiellement sur cette identité : il s'agit de « ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre (...) ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle (...). Autrement dit : l'essentiel de la République »<sup>47</sup>.

Dans les décisions de 2006, il s'agissait d'une loi transposant une directive. Or pour le Conseil, « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle » (considérant 17). Cela signifie que le Conseil accepte qu'une exigence constitutionnelle, en l'occurrence l'obligation de transposition découlant de l'article 88-1 de la constitution, puisse se voir préférer une autre norme si cette dernière relève de « l'identité culturelle de la France ». Ainsi, un droit « fondamental », si tant est qu'il soit propre à la France et relèverait donc de son « identité », pourrait primer sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives en droit interne. En établissant une réserve de souveraineté sur la transposition des directives, le Conseil permet ainsi la protection du droit interne par rapport au droit communautaire dérivé, afin de protéger « l'essentiel de la République ». Cette décision est en conformité avec les développements réalisés en *infra*, puisqu'il permet de justifier la primauté d'une partie de la Constitution (l'identité constitutionnelle de la France) sur d'autres dispositions de valeur constitutionnelle (obligation de transposition). D'autre part, le Conseil laisse toujours le dernier mot au Constituant, en précisant que

---

<sup>44</sup> Notamment dans la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi « Aubry »

<sup>45</sup> Décision n°2006-540 DC, considérant 19.

<sup>46</sup> Décision n° 2006-543 DC du 30 Novembre 2006.

<sup>47</sup> *In* « Echanges de vœux à l'Élysée », Pierre Mazeaud, 3 janvier 2005, Les cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 18, 2005, p. 8 ; cité par Moea Vonsy, *in* « le parlement constituant n'est pas souverain », RDP 2007, p. 794.

la transposition se doit de respecter l'identité constitutionnelle de la France, « sauf à ce que le constituant y ait consenti » (considérant 19).

Il est donc tout à fait envisageable que la catégorisation des droits fondamentaux permettent au juge constitutionnel français de les protéger face au développement du droit communautaire, mais encore faut-il que ceux-ci se rattachent à la notion d'« identité constitutionnelle de la France ».

Moea Vonsy nous apporte un éclairage sur ce délicat problème de définition<sup>48</sup>. Selon elle, la réserve de souveraineté s'assimile à l'article 89 al. 5 de notre Constitution, c'est-à-dire que la forme républicaine du gouvernement serait cet « essentiel de la République ». Evidemment, cette forme républicaine du gouvernement ne se limite pas à l'interdiction de retour à la monarchie. Si c'était l'objet de son insertion dans la Constitution de la III<sup>e</sup> République par la loi du 14 août 1884, sa réception par la V<sup>e</sup> République conduit nécessairement à une redéfinition du principe avec le développement du droit et de la justice constitutionnelle, comme le souligne Michel Fromont : « apparue pour la première fois en 1884, elle visait seulement à empêcher le rétablissement à la monarchie ; mais, depuis que cette interdiction a été reprise par la Constitution de 1946, puis par celle de 1958, elle doit signifier selon nous qu'elle interdit aussi tout retour à un régime analogue à celui de Vichy [...] »<sup>49</sup>.

Dans ses écrits, Moea Vonsy constate à juste titre que la Constitution elle-même définit la République française, et *a fortiori* son « essentiel » dans son article 1<sup>er</sup> : c'est une « République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Ces quatre principes, si différents qu'ils soient, se rattachent indiscutablement aux droits fondamentaux, puisqu'on peut voir en chacun d'eux ne serait-ce qu'un renvoi aux principes d'égalité et de liberté. En s'appuyant donc sur la réserve émise par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2006, on peut imaginer logiquement qu'en cas d'atteinte à un « droit fondamental » par le pouvoir normatif communautaire, le juge constitutionnel français fera valoir son « identité constitutionnelle ».

Par cette création de catégorie « fondamentale », le Conseil se laisse donc la possibilité d'opposer au droit communautaire des principes constitutionnels particuliers, qu'il détache progressivement de toute source textuelle. Sans jamais porter atteinte au principe de souveraineté nationale, c'est-à-dire par le refus de limiter le pouvoir constituant tant originaire que dérivé, le Conseil est dès lors en mesure de pérenniser un certain nombre de droits, qualifiés par lui de « fondamentaux », par leur survivance dans les déclarations du préambule et par le renvoi à l'article 89 al. 5 de notre constitution qui garantit lui-même son intangibilité. Dès lors, les normes de droit international, de valeur infraconstitutionnelle pour la juridiction suprême, peuvent se voir opposer l'ensemble des droits relevant de la « fondamentalité », bien qu'il y ait obligation constitutionnelle de transposition par l'article 88-1 et d'application des traités par l'article 55. A moins évidemment que le constituant y ait

---

<sup>48</sup> In « le parlement constituant n'est pas souverain », Moea Vonsy, RDP 2007, p. 793 à 815.

<sup>49</sup> In « Les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », M. Fromont, RDP 2007, p. 109.

consenti, ce qui ne fait disparaître en rien ces droits, mais permet une dérogation limitée aux principes fondamentaux.

La catégorie de la « fondamentalité » ouvre donc deux perspectives : le rappel au constituant de ses obligations internationales, et la défense de droits spécifiques face à la nomorrhée communautaire.

Il paraît donc difficile de reconnaître aux droits fondamentaux une valeur supraconstitutionnelle, en ce sens que le pouvoir constituant français reste toujours souverain pour le juge constitutionnel. En revanche, la catégorisation d'un bloc de fondamentalité, au sein même du bloc de constitutionnalité, place ces droits dans une position particulière de l'ordonnement juridique. Par cette distinction par rapport aux autres normes de valeur constitutionnelle, les droits fondamentaux accèdent à une suprématie, tout comme l'attribution du qualificatif de « fondamental » a permis à certains principes législatifs d'intégrer les normes de référence du Conseil Constitutionnel, sous le libellé « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Les droits fondamentaux relèvent donc d'une sorte de « para-constitutionnalité », selon l'expression du doyen Vedel<sup>50</sup>.

Cette fondamentalité en droit interne peut s'acquérir par deux moyens : il faut d'abord que ces droits soient constitutionnalisés, et qu'ils disposent ensuite soit d'une reconnaissance conventionnelle de son caractère fondamental, soit d'une appartenance à l'« identité constitutionnelle de la France » selon la notion présentée par le juge suprême français. Dans un premier temps, le Conseil peut rappeler de manière indirecte les engagements de la France au Constituant, et donner aux dérogations que ce dernier peut apporter à ces droits une portée relative : en interprétant *a minima* la dérogation ou en se laissant un choix des sources entre la réforme constitutionnelle et le droit fondamental, qui survit malgré tout à la réforme. Dans l'alternative, il protège le patrimoine français des droits fondamentaux face au législateur européen, en émettant une réserve de souveraineté sur la transposition du droit communautaire. La fondamentalité confère donc une suprématie aux différents droits qu'elle intègre, et le Conseil, en développant la notion, agit donc en garde-fou de la toute puissance du Constituant, sans pour autant affirmer la limitation de ce dernier, qui entraînerait sans doute la dénonciation d'un gouvernement des juges.

---

<sup>50</sup> In « Souveraineté et supraconstitutionnalité », L. Favoreu et G. Vedel, *Revue Pouvoirs* n°67, 1993, PUF, p. 82.