

# *Pensées sans ordre concernant la notion de « droit fondamental »*

par

*Géraldine ROSOUX*

Assistante et maître de conférences à l'Université de Liège

Référendaire à la Cour constitutionnelle

## *Introduction*

**1.** – En 2001, dans un article devenu une des classiques références des adeptes du contentieux constitutionnel, le Président Michel MELCHIOR présentait une analyse du raisonnement de la juridiction constitutionnelle<sup>1</sup>, sous le titre évocateur de « *La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux* »<sup>2</sup>. Cet intitulé alléchant ne pouvait qu'éveiller la curiosité du lecteur ou le laissait rêveur, voire perplexe : « *les* » droits fondamentaux, qu'est-ce ?

C'est avec cette question, et les rapports de cette notion avec le rôle du juge constitutionnel, que nous souhaiterions rendre hommage au Président de la Cour constitutionnelle, ainsi qu'au Professeur de l'Université de Liège.

**2.** – La littérature juridique abonde, depuis plusieurs années, d'écrits doctrinaux titrant sur les « droits fondamentaux », en bloc, ou sur tel ou tel « droit fondamental » *de* ou *à*<sup>3</sup> quelque chose. Pourtant, paradoxalement, de manière inversement proportionnelle à la doctrine sur le sujet, rares sont les textes juridiques belges consacrant expressément la notion de « droits fondamentaux » ou de « droit fondamental »<sup>4</sup>.

Malgré cette tension entre le droit et la glose du droit, tout juriste ne peut néanmoins que s'incliner devant la réalité d'une notion qui se démultiplie tellement, qu'« il n'y a pas de pire disgrâce pour un droit que de n'être pas fondamental »<sup>5</sup>.

Devenant une sorte de *matière* juridique en soi, englobant, voire surplombant les différentes disciplines du droit, les notions de « droit fondamental » ou de « droits fondamentaux » ne sont toutefois nullement définies : ni dans la Constitution, ni

---

<sup>1</sup> Originairement dénommée « Cour d'arbitrage », la juridiction constitutionnelle belge a été rebaptisée « Cour constitutionnelle » par la révision constitutionnelle du 7 mai 2007 (*Moniteur belge* du 8 mai 2007). La loi organique du 6 janvier 1989 a conservé l'ancienne dénomination de la Cour, jusqu'à son adaptation par l'article 6 de la loi spéciale du 21 février 2010 visant à adapter diverses dispositions à la dénomination « Cour constitutionnelle » (*Moniteur belge* du 26 février 2010).

<sup>2</sup> M. MELCHIOR, « *La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux* », in J.-Cl. SCHOLSEM (coord.), *Le point sur les droits de l'homme*, Édition formation permanente C.U.P., Liège, vol. 39, 2000, pp. 7-30.

<sup>3</sup> Notons que la différence de locution est généralement associée à la traditionnelle distinction entre droits dits « de la première génération » (droits *de*, droits-libertés, droits impliquant un Etat minimaliste, une obligation de *non facere* de la puissance publique) et les droits dits « de la deuxième génération » (droit *à*, droits-créances, droits impliquant un État-providence, une obligation de *facere* de la puissance publique).

<sup>4</sup> L'article 24, § 3, de la Constitution consacre depuis 1970 cette notion au pluriel, tandis que, récemment, le nouvel article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, inséré par la loi spéciale du 12 juillet 2009, consacre cette notion au singulier, voy. *infra*.

<sup>5</sup> P. BOUCQUEY, « *La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger* », *Ann. dr.*, 1996, pp. 289-330, ici p. 295.

dans des traités internationaux, ni même de la part des multiples auteurs qui emploient ce vocable<sup>6</sup>.

On pourrait considérer que cette absence de tentative de définition est inhérente à la notion même de « droit fondamental ». Si tout le monde s'accorde sur – et par conséquent comprend – ce qui est *essentiel, primordial, vraiment très important*, ce qui est fondamental « va de soi », et pourquoi dès lors vouloir définir *a priori* cette notion qui génère un consensus ?

L'exercice pourrait sembler non seulement dangereux – puisque les tentatives de définition de notions consensuelles s'exposent à la critique du plus grand nombre – mais aussi inutile, dès lors qu'une définition n'est jamais un préalable nécessaire à l'existence du phénomène défini, mais en est, au contraire, la résultante ; chronologiquement, une définition n'est que l'expression rationalisée d'un fait ; elle se situe en aval, et non en amont.

**3. –** Notre ambition n'est donc pas ici de dégager le substrat du fondamentalisme juridique, mais d'en cerner seulement les contours, l'ombre – et non la face illuminée –, de délivrer une première approche de ce phénomène, en présentant quelques premières intuitions et réflexions sur cette notion.

Tout d'abord, nous pensons, intuitivement, que la notion, au singulier, de « droit fondamental » ne s'utilise pas dans le même contexte et n'implique pas les mêmes difficultés conceptuelles que celle, au pluriel, de « droits fondamentaux ».

Les déterminants relatifs à la notion, selon qu'elle se conjugue au singulier ou au pluriel, sont d'ailleurs différents. Ainsi, il y a *les droits fondamentaux*, évoqués en bloc comme étant définis. Par contre, au singulier, n'est, par définition, fondamental qu'un droit particulier, dans un contexte particulier : c'est pour cela qu'on évoque soit, dans sa généralité, *un droit fondamental*, soit *le droit fondamental de ou à ceci ou cela*. *Le droit fondamental tout court* n'existe pas, car il serait indéfini.

Partant de cette première intuition, nous présenterons donc quelques idées relatives à la notion de « droit fondamental » (I) comme un préalable à la réflexion portant sur la notion, au pluriel, de « droits fondamentaux » (II), avant de souligner le rôle primordial du juge, et particulièrement du juge constitutionnel, dans l'avènement des droits dits fondamentaux (III).

### I. – Quelques caractéristiques de la notion de « droit fondamental »

**4. –** En lisant l'article évoqué précédemment « *La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux* », le lecteur pouvait découvrir, derrière ce titre, l'illustration du raisonnement de la Cour portant, concrètement, sur quatre droits – implicitement considérés par l'auteur comme – fondamentaux : le droit au respect de la vie privée

<sup>6</sup> Dans un *Liber Amicorum* dédié à un autre membre de la Cour constitutionnelle, deux auteurs constataient ainsi qu'aucune étude approfondie n'avait, à ce jour, été faite sur la notion de « droit fondamental », voy. H. SIMONART & D. RENDERS « La violation prétendue d'un droit fondamental : un risque de préjudice grave difficilement réparable ? », in *Liber amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 151-176, ici p. 173, note 86.

et familiale, la liberté d'expression, le principe de légalité en matière pénale et le droit au procès équitable.

Par ailleurs, certains auteurs, dans le cadre de leur discipline de prédilection, titrent des articles sur *le droit fondamental au respect des biens*<sup>7</sup>, *le droit fondamental à la transparence administrative*<sup>8</sup>, ou encore *le droit d'accès à l'information en matière d'environnement*<sup>9</sup>. La juridiction constitutionnelle a, elle aussi, identifié expressément certains droits fondamentaux particuliers<sup>10</sup>.

Ces exemples permettent d'illustrer qu'il existe, implicitement mais certainement, dans le qualificatif de « fondamental » couplé au substantif « droit », un *jugement de valeur* de celui qui s'exprime.

Ainsi, *le droit fondamental au logement*, *le droit fondamental à un environnement sain*, *le droit fondamental à la vie*, sont-ils autre chose que des droits auxquels, subjectivement, l'orateur accorde une valeur essentielle ?

Les textes juridiques ou les déclarations qui choisissent d'établir une liste « abstraite » de droits dits « fondamentaux » n'échappent pas davantage, bien qu'ils s'en défendent, au subjectivisme : la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés *fondamentales* ou la Charte des droits *fondamentaux* sont-ils autre chose que la compilation de chacun des droits qualifiés de « fondamental » aux yeux

<sup>7</sup> Y.-H. LELEU & M. PÂQUES, « Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens », *J.T.*, 2006, pp. 277-284.

<sup>8</sup> R. ERGEC, « La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites », *A.P.T.*, 1993, pp. 87-95.

<sup>9</sup> J. SAMBON, « L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental », *Amén.*, 1996, pp. 237-255.

<sup>10</sup> Notamment : le droit de vote (C.C., n°9 du 27 avril 1989, B.3 ; n°18/90 du 23 mai 1990, B.4.5 ; n°26/90 du 14 juillet 1990, 4.B.1 ; n°76/94 du 18 octobre 1994, B.7 ; n°25/2002 du 31 janvier 2002, B.2.2 ; n°30/2003 du 26 février 2003, B.4.3 ; n°35/2003 du 25 mars 2003, B.10.3 ; n°36/2003 du 27 mars 2003, B.1.3 ; n°73/2003 du 26 mai 2003, B.4.2 ; n°96/2004 du 26 mai 2004, B.3.2 ; n°103/2004 du 9 juin 2004, B.2.2 ; n°78/2005 du 27 avril 2005, B.3.1 ; n°187/2005 du 14 décembre 2005, B.5.1 ; n°90/2006 du 24 mai 2006, B.7.2 ; n°130/2006 du 28 juillet 2006, B.6 ; n°133/2006 du 28 juillet 2006, B.11.2 ; n°138/2007 du 14 novembre 2007, B.5.2 ; n°149/2007 du 5 décembre 2007, B.6 ; n°151/2007 du 12 décembre 2007, B.6.1), le droit d'éligibilité (C.C., n°26/90 du 14 juillet 1990, 10.B.1 ; n°74/92 du 18 novembre 1992, B.3.5 ; n°107/98 du 21 octobre 1998, B.4.4 ; n°187/2005 du 14 décembre 2005, B.5.1 ; n°130/2006 du 28 juillet 2006, B.6 et B.7.3), les droits de la défense et le droit à un procès équitable (C.C., n°60/2002 du 28 mars 2002, B.3.6 ; n°71/2003 du 21 mai 2003, B.8 ; n°57/2004 du 24 mars 2004, B.8 ; n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.27.6 ; n°105/2007 du 19 juillet 2007, B.11 ; n°107/2007 du 26 juillet 2007, B.7.1 ; n°22/2008 du 21 février 2008, B.7 ; n°98/2008 du 3 juillet 2008, B.7), le droit à un recours juridictionnel (C.C., n°20/92 du 12 mars 1992, B.2.4 ; n°81/95 du 14 décembre 1995, B.5.10 ; n°39/96 du 27 juin 1996, B.4.2 ; n°155/2008 du 6 novembre 2008, B.6) ; l'impartialité et l'indépendance des juridictions (C.C., n°107/98 du 21 octobre 1998, B.4.4 ; n°157/2009 du 13 octobre 2009, B.3 et B.4), le droit au respect du délai raisonnable (C.C., n°113/2008 du 31 juillet 2008, B.5), l'inviolabilité du domicile (C.C., n°60/2002 du 28 mars 2002, B.3.6), le droit au respect de la vie familiale (C.A., n°38/93 du 19 mai 1993, B.5), le libre choix d'une activité professionnelle (C.C., n°34/96 du 15 mai 1996, B.3.2), le droit d'accès aux documents administratifs (C.C., n°17/97 du 25 mars 1997, B.2.1 et n°150/2004 du 15 septembre 2004, B.3.2), la liberté de choix d'un enseignement (C.A., n°90/99 du 15 juillet 1999, B.6.1 et n°110/2007 du 26 juillet 2007, B.7.1), le droit d'être élevé par ses parents (C.C., n°169/2003 du 17 décembre 2003, B.5), le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine (C.C., n°66/2005 du 16 novembre 2005, B.7 ; n°34/2006 du 1<sup>er</sup> mars 2006, B.7 ; n°43/2006 du 15 mars 2006, B.7), la liberté d'expression (C.C., n°91/2006 du 7 juin 2006, B.39), le principe de légalité en matière pénale (C.C., n°104/2006 du 21 juin 2006, B.17), le droit à l'enseignement (C.C., n°107/2009 du 9 juillet 2009, B.16.2), le droit à l'égalité de traitement (C.C., n°64/2009 du 2 avril 2009, B.8.6).

des Etats membres respectivement du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne ?

**5. -** Le jugement de valeur inhérent au qualificatif de fondamental a donc pour conséquence inéluctable *une certaine relativité*<sup>11</sup> de la notion de « droit fondamental ».

Ainsi, si le droit au respect de la vie privée figurera certainement en haut de la liste des droits fondamentaux que tout juriste pourrait établir, on peut toutefois douter que le droit à la transparence administrative soit un des (premiers) droits auxquels on accorde le statut de droit fondamental.

Ce qui est fondamental pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre, ou à tout le moins, ne l'est *peut-être pas autant* que pour l'autre.

**6. -** Un droit fondamental, c'est donc, pour l'orateur, un droit essentiel, important, et cette importance accordée *subjectivement* par celui qui s'exprime est souvent également le reflet (individuel) de *certaines valeurs sociétales* (collectives)<sup>12</sup>.

Parce qu'elle s'ancre dans un terreau socio-politico-juridique donné, la notion de droit fondamental présente donc inéluctablement une *variabilité temporelle*, un caractère conjoncturel : ce qui était considéré fondamental hier est parfois jugé dépassé aujourd'hui, et ce qui est jugé fondamental aujourd'hui ne l'était pas nécessairement dans le passé.

A titre d'illustration de ce constat, nous pouvons évoquer la destinée de quelques dispositions de la Constitution belge.

En 1831, le titre II de la Constitution, intitulé « Des Belges et de leurs droits », formait un ensemble cohérent et moderne, qui inspirera de nombreux textes constitutionnels, de *vingt-et-un* droits jugés par le Constituant originaire comme « fondamentaux » et conçus pour éviter tout retour à l'absolutisme. Parmi les droits et libertés du titre II de la Constitution<sup>13</sup>, élément de l'identité du jeune Etat belge, figurait, par exemple, un absolu « secret des lettres » au charme désormais suranné<sup>14</sup> : voici donc un droit jugé fondamental et autonome en 1831, mais qui ne

<sup>11</sup> A titre d'illustration de cette relativité, nous avons, dans le cadre du cours de « Droits de l'homme » coordonné par le Professeur P. WAUTELET et dispensé aux étudiants de 1<sup>er</sup> master, demandé aux étudiants quel droit était, selon eux, *le plus* fondamental. Nous avons ainsi dégagé trois « courants » de pensée – cette catégorisation n'étant bien entendu, comme toute catégorisation, qu'indicative – par ordre d'importance quantitative décroissante : les « *idéalistes* », étudiants influencés par l'idéal révolutionnaire de l'individu citoyen, estimant que le droit le plus fondamental était la liberté d'expression (ou dans ses variantes, la liberté d'opinion ou de pensée) ; d'autres, les « *matérialistes* », estimant que le droit le plus essentiel est celui du respect de l'intégrité physique, ou dans une variante plus moderne, érigent comme essentielle la notion de dignité humaine ; et enfin, les « *formalistes* », considérant, à l'instar de la juridiction constitutionnelle, que, dès lors qu'il contient à lui seul l'ensemble des droits fondamentaux, c'est le principe d'égalité et de non-discrimination qui est le droit le plus fondamental.

<sup>12</sup> D'une certaine façon, la notion de droit fondamental est indissociable du processus psychologique d'identification du « je » (juriste) en référence au « nous » (juristes).

<sup>13</sup> Des travaux constituants ont d'ailleurs été entrepris, avec l'aide des constitutionnalistes J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, en vue de « moderniser » ou d'« actualiser » le titre II de la Constitution, voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-2304/1.

<sup>14</sup> L'article 22 de la Constitution de 1831, devenu l'article 29 de la Constitution coordonnée, a d'ailleurs fait l'objet d'une lecture « moderne » par la juridiction constitutionnelle, qui, dans son arrêt n°202/2004 du 21 décembre 2004, a nuancé le caractère absolu de l'article 29 de la Constitution, en l'interprétant au regard d'autres dispositions constitutionnelles ainsi que de conventions internationales ; elle a considéré qu'une

constituerait peut-être aujourd’hui, *qu’un aspect particulier* du droit au respect de la vie privée.

En sens inverse, certaines dispositions constitutionnelles ont été progressivement interprétées comme garantissant des droits fondamentaux.

Ainsi, rompant avec l’Ancien régime, qui distinguait *par principe* les « régnicoles »<sup>15</sup> et les « barbares », l’article 128 de la Constitution de 1831, actuel article 191 de la Constitution, protège depuis 1831 l’étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique, en lui accordant, *par principe* (« sauf les exceptions établies par la loi »), la jouissance de « la protection accordée aux personnes et aux biens ». Mais cet article, situé dans les dispositions générales, à la fin de la Constitution (très loin<sup>16</sup> des droits et libertés accordés aux Belges par le titre II de la Constitution !), se limitait en 1831 à prévoir que seule la loi – et non le pouvoir exécutif – peut déroger à la protection de principe dont bénéficie l’étranger se trouvant sur le territoire de la Belgique.

La lecture qu’en a donnée la Cour constitutionnelle, notamment en y intégrant implicitement le contenu de dispositions internationales, a contribué à faire de cet article le siège constitutionnel du statut de l’étranger<sup>17</sup>, et, en 2003, le législateur spécial a expressément confié le contrôle direct de cette disposition à la Cour constitutionnelle<sup>18</sup>, la consacrant ainsi, implicitement, comme un *droit fondamental, aux yeux du législateur spécial*<sup>19</sup>.

restriction à cette disposition « peut se justifier si elle est nécessaire pour assurer le respect d’autres droits fondamentaux » (B.12.2), intégrant implicitement, ce faisant, dans le texte de l’article 29 de la Constitution, le raisonnement de la Cour européenne des droits de l’homme relatif aux restrictions admises aux droits garantis par la Convention.

<sup>15</sup> J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3<sup>e</sup> édition, Bruylant, Bruxelles, 1879, p. 384.

<sup>16</sup> Comme le constate D. RENDERS, « L’extension des compétences de la Cour d’arbitrage au statut constitutionnel de l’étranger », *R.B.D.C.*, 2000, pp. 195-197, ici p. 196.

<sup>17</sup> Commentant notamment l’arrêt n°61/94 du 14 juillet 1994, B.2, par lequel la Cour d’arbitrage a considéré que l’article 191 de la Constitution ne conférait aucune compétence discrétionnaire au législateur, qui lui permettrait de déroger aux articles 10 et 11 de la Constitution, S. VAN DROOGHENBROECK a constaté : « Il y a lieu de s’en réjouir, sur le fond, eu égard aux exigences de droit international. Il reste cependant que, en la forme, cet abandon [de la théorie selon laquelle l’article 191 de la Constitution ferait « écran » aux articles 10 et 11 de la Constitution] procède d’une révision constitutionnelle prétorienne qui conduit à priver, *de jure*, l’article 191 d’une partie de son effet utile » (S. VAN DROOGHENBROECK, « L’article 191 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 305-311, ici p. 307).

<sup>18</sup> En vertu des articles 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, et 26, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, tels qu’ils ont été modifiés par les articles 2 et 9, a), de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d’arbitrage (*Moniteur belge* du 11 avril 2003), la Cour est en effet expressément compétente pour opérer un contrôle du respect, par les normes législative, « des articles du titre II ‘ Des Belges et de leurs droits ’, et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution ». Cette modification de la loi organique sur la juridiction constitutionnelle n’était toutefois *qu’une confirmation de compétences*, dès lors que la Cour opérait déjà, bien avant 2003, par la combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, un contrôle des normes législatives au regard de ces dispositions constitutionnelles, y compris les trois articles hors titre II de la Constitution, voy. *infra*.

<sup>19</sup> Le même raisonnement vaut pour les articles 170 et 172 de la Constitution, implicitement élevés en 2003 par le législateur spécial au rang de « droits fondamentaux des contribuables », voy. notamment E. WILLEMART, « La Cour d’arbitrage et les droits fondamentaux du contribuable », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS & M. VERDUSSEN (dirs.), *La Cour d’arbitrage vingt ans après - Analyse des dernières réformes*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 109-118.

7. - À côté de cette relativité, subjective et temporelle, du terme « fondamental » caractérisant un droit au singulier, qui imprègne le discours juridique, il y a, dans la notion de droit fondamental l'idée d'une importance conférée au droit, qui se traduit aussi dans la *hiérarchie des normes*.

Ainsi, comme le considérait W. GANSHOF VAN DER MEERSCH : « [c]e qui relève des droits fondamentaux est, dans son principe, une matière constitutionnelle »<sup>20</sup>. Ce constat, en 1962, démontrait ainsi que la notion de droit fondamental relève du texte le plus élevé dans la hiérarchie des normes, identifié, sans contestation en 1962, au texte de la Constitution, et étendu aujourd'hui aux textes internationaux.

8. - L'idée que la notion de droit fondamental est liée à la hiérarchie des normes résulte aussi de la récente *consécration expresse* de cette notion, *par le législateur spécial*, lorsqu'il a adopté le nouvel article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle<sup>21</sup>.

Ainsi, en déterminant le juge (prioritairement) compétent à l'égard d'un moyen pris de la violation, par une norme législative, d'un « *droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international* », le législateur spécial laisse entendre qu'un droit garanti par le titre II de la Constitution belge *ainsi que* par une disposition de droit européen ou de droit international est nécessairement un droit fondamental.

Rompant avec le texte de l'article 142 de la Constitution et la version antérieure de la loi spéciale du 6 janvier 1989, cette disposition crée donc un chef de compétence pour la juridiction constitutionnelle en référence non plus – formellement – à des dispositions textuelles garantissant des droits fondamentaux, mais en fonction – matériellement – du seul droit fondamental invoqué.

La portée de la notion de droit fondamental, en référence au contrôle juridictionnel des normes législatives – un contrôle diffus de conventionnalité<sup>22</sup> ou un contrôle concentré de constitutionnalité<sup>23</sup> – a donc pour conséquence implicite

---

<sup>20</sup> W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'impôt et la loi », in *En hommage à Victor Gothat*, Éditions Faculté de droit de Liège, Liège, 1962, pp. 257-320, ici p. 272.

<sup>21</sup> Introduit par la loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (*Moniteur belge* du 31 juillet 2009). Voy. aussi *infra*.

<sup>22</sup> Fondé sur l'arrêt *Leski* de la Cour de cassation (Cass., 27 mai 1971, Pas., I, p. 886 ; Arr. Cass., 1971, pp. 959-968 ; J.T., 1971, pp. 460-474, avec les conclusions de W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH).

<sup>23</sup> L'opposition de ces deux contrôles étant appelée, en doctrine constitutionnelle, le « concours de droits fondamentaux », d'après l'expression créée par J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », T.B.P., 2005, pp. 297-318 ; voy. aussi E. CLOOTS, « Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij ? », T.B.P., 2006, pp. 259-272; J. VELAERS, « De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel », in A. NIEUWENHUIS, L. DRAGSTRA, J. VELAERS e.a., *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling*. Preadviezen 2008, (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2008, pp. 81-141.

qu'un droit fondamental a une valeur (*à tout le moins*) supralégislative<sup>24</sup>, dès lors qu'il constitue une contrainte, une norme de référence, pour l'action du législateur.

La juridiction constitutionnelle a d'ailleurs précisé que le contrôle de proportionnalité qu'elle opère, quand elle veille au respect du principe d'égalité et de non-discrimination, « doit être particulièrement rigoureux lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental »<sup>25</sup>.

## II. - Les « droits fondamentaux »

**9. -** Contrairement à la notion au singulier, le déterminant qui accompagne « droits fondamentaux » est toujours *défini* : ce sont *les* droits fondamentaux et non des droits fondamentaux.

Si l'expression « droits fondamentaux » est largement utilisée dans la doctrine, moins souvent<sup>26</sup> dans la jurisprudence constitutionnelle, assez rarement<sup>27</sup> et de manière assez récente dans la législation *sensu lato*, une (et une seule) consécration constitutionnelle de cette expression figure dans l'article 24, § 3, de la Constitution qui garantit, depuis 1970, à chacun le droit à l'enseignement<sup>28</sup> « *dans le respect des libertés et droits fondamentaux* »<sup>29</sup>.

**10. -** L'expression « droits fondamentaux » constitue donc un raccourci commode pour désigner ce que tout le monde est censé connaître par définition ; c'est une sorte

<sup>24</sup> Par le terme « *supralégitif* », nous visons ainsi la capacité à s'imposer comme norme de référence à l'action du législateur. De la sorte, sont englobées des dispositions de valeur *tant constitutionnelle, que conventionnelle*, mais également des principes (principes, principes généraux et principes fondamentaux) non écrits considérés comme s'imposant à l'action du législateur.

<sup>25</sup> C.C., n°74/92 du 18 novembre 1992, B.3.6. Comp. avec C.C., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.11 ; n°107/98 du 21 octobre 1998, B.6.3 ; n°149/2002 du 15 octobre 2002, B.3.4 (référence à un « principe fondamental ») ; n°166/2003 du 17 décembre 2003, B.15.2 (référence au « principe fondamental de l'égalité des sexes ») ; n°140/2004 du 22 juillet 2004, B.3, n°52/2007 du 28 mars 2007, B.4 et n°95/2008 du 26 juin 2008, B.20.6 (référence au « principe fondamental de l'égalité des naissances »).

<sup>26</sup> Voy. notamment C.C., n°42/90 du 21 décembre 1990, B.3.2 ; n°90/94 du 22 décembre 1994, B.5.8 ; n°45/96 du 12 juillet 1996, B.7.16 ; n°2/2000 du 19 janvier 2000, B.4.5 ; n°57/2000 du 17 mai 2000, B.5 ; n°10/2001 du 7 février 2001, B.4.6 ; n°59/2001 du 8 mai 2001, B.5 ; n°75/2002 du 23 avril 2002, B.2.3 ; n°94/2003 du 2 juillet 2003, B.26 ; n°157/2004 du 6 octobre 2004, B.2 ; n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.27.6 ; n°182/2005 du 7 décembre 2005, B.6 ; n°105/2007 du 19 juillet 2007, B.8.5 ; n°128/2007 du 10 octobre 2007, B.20 ; n°10/2008 du 23 janvier 2008, B.7.10 ; n°81/2008 du 27 mai 2008, B.36.4 ; n°98/2008 du 3 juillet 2008, B.7 ; n°42/2009 du 11 mars 2009, B.6 ; n°195/2009 du 3 décembre 2009, B.35 ; n°198/2009 du 17 décembre 2009, B.7.

<sup>27</sup> A ce jour, nous n'avons recensé qu'une petite quarantaine de normes législatives fédérales et fédérées utilisant l'expression de « droits fondamentaux ».

<sup>28</sup> Il s'agit du premier droit socio-culturel inscrit dans la Constitution, voy. *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1988, 100-1/2°, p. 27.

<sup>29</sup> Interprétant cette unique consécration constitutionnelle de la notion de « droits fondamentaux », la Cour d'arbitrage a considéré que parmi les libertés et droits fondamentaux auquel renvoie l'article 24, § 3, de la Constitution figurent « non seulement » *les autres dispositions du titre II de la Constitution, mais également des conventions internationales* » (C.C., n°33/92 du 7 mai 1992, B.4.1 ; voy. aussi C.C., n°49/2001 du 18 avril 2001, B.5.2). Par la référence aux « libertés et droits fondamentaux », l'article 24, § 3, de la Constitution est donc, à l'instar de l'article 11 de la Constitution, un *réceptacle* pour, potentiellement, l'ensemble des droits jugés fondamentaux garantis non seulement par le texte constitutionnel lui-même, mais également par les dispositions conventionnelles, en l'espèce, dans le champ d'application du droit à l'enseignement.

d'enveloppe vide qui se remplit aisément et à volonté, selon la sensibilité de chaque juriste.

Ainsi, l'expression « les droits fondamentaux » en bloc ne contient, comme telle, *aucun élément subjectif* dans le chef de celui qui parle : puisque les « droits fondamentaux » constituent un ensemble indéterminé, ce n'est qu'au niveau du catalogue de chacun des droits dits fondamentaux entrant dans cette expression qu'il existera, en toute vraisemblance, *un hiatus dans la compréhension*, en raison d'un décalage entre la liste de chacun des droits jugés fondamentaux par le communicateur et la liste de chacun des droits jugés fondamentaux par le destinataire.

**11. –** S'il n'y a pas d'élément subjectif dans l'expression de « droits fondamentaux », en bloc, il y a par contre un *élément temporel* dans l'utilisation – et le succès – de cette expression, communément utilisée *depuis seulement quelques décennies<sup>30</sup>*, l'expression étant souvent utilisée comme un synonyme des « droits de l'homme ».

Selon nous, si la notion de « droits fondamentaux » remplace progressivement celle de droits de l'homme, c'est parce qu'elle constitue une appellation neutre *qui remplace avantageusement celle de « droits de l'homme » et qui a même une vocation à la dépasser*.

**12. –** L'expression « droits fondamentaux » est en effet, non seulement *plus élégante* (en langue française) que les « droits de l'homme », dès lors qu'elle ne se réfère pas à la dualité des genres, mais elle est aussi *philosophiquement plus consensuelle*.

Au XIXe siècle, on opposait ainsi, d'une part, les « *libertés publiques* » – notion qui se réfère à l'idée de citoyenneté et aux idées de la Révolution française – ou les « *droits et libertés* » – des droits garantis par un ordre juridique déterminé –, et, d'autre part, les « *droits de l'homme* ». De manière exagérément simplificatrice, on pourrait dire que ce double vocable permettait implicitement de distinguer les droits en cause : les « *libertés publiques* » ou les « *droits et libertés* » étaient les droits constitutionnellement garantis, éléments donc du droit positif, explicitement consacrés par un ordre juridique déterminé, tandis que les « *droits de l'homme* » se référaient davantage à une philosophie juridique tendant à la consécration de droits naturels, antérieurs et supérieurs au droit positif.

Alors que les droits et libertés relèvent *du droit*, les droits de l'homme, cristallisés, historiquement, dans le texte politique qu'est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sont des « *droits naturels, inaliénables et imprescriptibles* »<sup>31</sup>, qui relèvent *de la morale, de la philosophie ou de la politique*, mais pas, ou peu, du droit.

<sup>30</sup> Gageons à ce propos que l'intitulé même de la Convention européenne des droits de l'homme (« Convention de sauvegarde des *droits de l'homme* et des *libertés fondamentales* »), et l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui se réfère à des principes « fondamentaux », érigés en contraintes pour les Etats, ne sont pas sans doute pas étrangers au succès donné à ce vocable de « droits fondamentaux », qui imprègne progressivement toutes les branches du droit.

<sup>31</sup> En référence à l'article 2 de la Déclaration de 1789.

La notion de « droits fondamentaux » permet, d'une certaine façon, de *transcender ce clivage entre positivistes et jusnaturalistes*, cette moderne expression impliquant à la fois une idée d'*ancrage* dans le droit positif, dans un ordre juridique déterminé (ce qui les rapproche des « droits et libertés »), mais également une idée de *dépassemement* de cet ordre juridique (ce qui les rapproche des « droits de l'homme »).

Ainsi, la terminologie même de « droits fondamentaux » traduit à la fois – pour reprendre une terminologie chère à notre professeur de philosophie du droit L. FRANÇOIS<sup>32</sup> – *un jugement de réalité et un jugement de valeur*, alliant – voire confondant – un constat entre ce *qui est* (un droit existe), et ce qui *est bien* (et ce droit est fondamental).

**13.** – Les « droits fondamentaux » ne sont peut-être que stade actuel de l'évolution des droits de l'homme, qui, de simple courant philosophique, sont progressivement devenus des droits politiquement proclamés ou *déclarés*, puis *garantis* par des textes juridiques, constitutionnels ou conventionnels, et enfin effectivement *protégés* par un contrôle juridictionnel qui les a érigés en contraintes s'imposant même à l'égard de l'action du législateur.

D'une certaine façon, les droits fondamentaux, ce sont ces droits de l'homme de 1789, mais qui sont devenus effectifs.

Les « droits fondamentaux » constituent ainsi *l'appellation moderne des droits de l'homme des XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles*, dans les pays qui partagent cette même culture juridique et politique des droits de l'homme<sup>33</sup>.

**14.** – Les « droits fondamentaux » traduisent *la même vocation à l'universalisme* que les « droits de l'homme » : les droits fondamentaux sont des droits universels ou, à tout le moins, qui tendent à le devenir.

Dans une conception maximaliste, la notion de « droits fondamentaux » pourrait même tendre à *dépasser toute référence à un ordre juridique*. Cette vocation à l'universalisme des droits fondamentaux traduit également *la même composante politique* de la notion de droits de l'homme<sup>34</sup> : les droits fondamentaux, c'est la norme du bien et du bon *pour un ordre juridique donné*, mais qui, parce qu'elle est « fondamentale », pourrait, ou devrait, être étendue à d'autres.

Autrement dit, les « droits fondamentaux » traduisent la *tension intrinsèque* que revêt cette notion, entre le subjectivisme qu'elle comporte – ce qui est fondamental ne l'est que pour celui qui le déclare tel – et la tentation d'universalisme qu'elle implique.

<sup>32</sup> Voy. le petit livre vert qui a marqué des générations d'étudiants liégeois, L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Éditions Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, Liège, 1978, ici pp. 12 et s.

<sup>33</sup> A titre d'exemple, de nombreuses organisations non gouvernementales, actives dans certains pays non démocratiques, qualifiés de non respectueux des « droits de l'homme » agissent *au nom des « droits de l'homme »*, et non au nom des « droits fondamentaux » ; les « droits de l'homme » relèvent dans certains pays davantage d'une politique que du droit.

<sup>34</sup> L'on pourrait longuement aborder leurre que peut représenter l'idée d'universalisme des droits fondamentaux, invoqués alors comme « droits de l'homme ». Cette prétention à l'universalité n'est parfois qu'un prétexte justifiant la raison du plus fort. Ce n'est toutefois pas ici le lieu approprié pour aborder cette polémique.

**15.** – Le champ d’application *ratione materiae* des droits fondamentaux se distingue par ailleurs de celui des droits de l’homme.

Ainsi, si tous les droits de l’homme du XIX<sup>e</sup> siècle sont devenus des droits fondamentaux, certains droits fondamentaux ne sont pas des *droits de l’homme*. Les droits fondamentaux recouvrent ainsi les droits de l’homme, *reconnus à l’être humain en tant que tel, détaché de tout ancrage dans la société*, mais également de nouveaux droits considérés comme essentiels à l’être humain *envisagé dans son cadre de vie*.

Les droits fondamentaux dépassent donc les droits de l’homme, dès lors qu’ils englobent également les droits du citoyen.

Les droits fondamentaux dépassent également la notion de droits de l’homme en ce qu’ils peuvent aussi et paradoxalement, même s’ils tendent à l’universalisme, aboutir à une fragmentation de la société.

Alors que les droits de l’homme sont reconnus aux êtres humains, en leur seule qualité d’être humain, certains droits fondamentaux des dernières décennies ont été accordés aux êtres humains en raison de leur appartenance à une certaine catégorie d’êtres humains : les droits des femmes, des enfants, des handicapés, des personnes âgées, ne peuvent, comme tels, être qualifiés de droits de l’homme, mais sont, par contre, bien souvent qualifiés de droits fondamentaux.

**16.** – La notion de « droits fondamentaux » implique également un champ d’application *ratione personae* plus neutre que celui de « droits de l’homme ».

En ce qui concerne les bénéficiaires de ces droits, alors que les droits de l’homme sont l’apanage de l’être humain, sans frontières, les droits fondamentaux sont, *parce qu’ils sont fondamentaux, l’apanage de quiconque, ou de chacun* – une personne physique, mais aussi une personne morale<sup>35</sup>, une autorité publique, ou un étranger<sup>36</sup>.

En ce qui concerne les débiteurs de ces droits, la protection effective des droits fondamentaux conduit à une maximisation de leur applicabilité aux relations dites *verticales* (entre l’autorité publique et les sujets de droit), mais également dans les relations *horizontales*<sup>37</sup> (entre les particuliers, par le biais de mécanismes de protection établis par l’Etat).

**17.** – Dans l’expression « droits fondamentaux », il y a une idée implicite de *répétition* : il est en effet cohérent avec l’idée d’universalisme de ce qui est fondamental que les droits fondamentaux soient garantis, et par conséquent, *répétés* par des textes de valeur constitutionnelle. Et d’une certaine façon, la répétition, la

<sup>35</sup> Voy. notamment C.C., n°75/2007 du 10 mai 2007.

<sup>36</sup> S. VAN DROOGHENBROECK suggérait ainsi, afin de permettre aux étrangers de bénéficier des droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution, d’en modifier l’intitulé en un « Des droits fondamentaux », intitulé « neutre *ratione personae* », démontrant ainsi que la notion de « droits fondamentaux » *dépasse la notion de nationalité* (S. VAN DROOGHENBROECK, « L’article 191 de la Constitution », *op. cit.*, p. 310).

<sup>37</sup> Voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, « L’horizontalisation des droits de l’homme », in H. DUMONT, F. OST & S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *La responsabilité, face cachée des droits de l’homme*, Bruylants, Bruxelles, 2005, pp. 355-390 ; J. VELAERS, « De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen », in *De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, pp. 287-326, spéc. pp. 289-297.

*coïncidence* entre le droit constitutionnel et le droit international<sup>38</sup> conduit à la qualification de droits fondamentaux, en confirme le caractère essentiel.

Cette répétition de dispositions garantissant des droits fondamentaux suppose donc une *analogie*<sup>39</sup> – qui diffère d'une identité – dans l'expression textuelle de ces droits.

Ce rapport d'analogie suppose de déceler, parmi des textes différents, les contours d'un droit identifié comme étant unique : *le droit fondamental* (de ou à ceci ou cela). La reconnaissance d'une analogie aboutit ainsi à l'idée maîtresse de la notion de « droits fondamentaux » : l'idée de quelque chose *qui transcende*, qui dépasse.

Et, selon nous, cette idée de transcendance inhérente aux droits fondamentaux concerne *l'origine textuelle* des droits garantis. Ainsi, par l'expression « droits fondamentaux », on vise les droits garantis *par un texte constitutionnel* ainsi que les droits garantis *par des textes conventionnels*. Alors que des « droits » tout court peuvent sembler ambigus, en qualifiant ces droits de fondamentaux, on peut les situer dans une logique textuelle<sup>40</sup> ainsi que dans une structure psychophilosophique<sup>41</sup>.

**18. -** Les droits fondamentaux sont donc des droits garantis par un texte constitutionnel et/ou garantis par des textes conventionnels, voire déduits de ces textes, et dont le respect peut être invoqué devant un juge, y compris à l'égard de l'action du législateur.

Dans notre optique, la notion de droit fondamental est donc indissociablement liée à l'émergence et à l'essor du contrôle juridictionnel des lois. En effet, en l'absence de contrôle juridictionnel des lois, les droits fondamentaux garantis par des textes constitutionnels ou conventionnels s'imposaient certes à l'action des pouvoirs exécutifs et judiciaires, mais demeuraient de simples vœux ou déclarations de principe à l'égard du pouvoir législatif bénéficiant d'une immunité d'action.

Il faudra donc attendre l'accélération du contrôle concentré de constitutionnalité des lois, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour que les droits fondamentaux deviennent une contrainte effective à laquelle nul ne peut échapper.

Le juge constitutionnel joue donc un rôle essentiel dans la notion de « droit fondamental ».

### ***III. - Le juge constitutionnel et les droits fondamentaux : du raisonnement « combinatoire » au raisonnement « fusionnel »***

---

<sup>38</sup> La juridiction constitutionnelle s'est ainsi implicitement référée à cette idée de répétition, en évoquant « la consécration, par la Constitution et les traités internationaux, de droits et libertés fondamentaux » (C.C., n°124/99 du 25 novembre 1999, B.4.4 ; voy. aussi C.C., n°124/2000 du 29 novembre 2000, B.4.2).

<sup>39</sup> Cette idée d'analogie se retrouvant par ailleurs dans l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, voy. *supra*.

<sup>40</sup> Soit des textes internationaux garantissant des droits de l'homme ou des droits et libertés fondamentaux, soit, dans un texte constitutionnel, les droits et libertés « fondamentaux » garantis au début du texte constitutionnel, avant l'organisation institutionnelle du pays.

<sup>41</sup> Tout le monde a en effet une certaine idée (un schème ?) des « droits fondamentaux ».

**19.** - Lorsqu'en 1989, la Cour d'arbitrage s'est vue investie de la compétence de contrôler le respect par les normes législatives des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, dans le contexte particulier de la communautarisation de l'enseignement<sup>42</sup>, la jeune juridiction a profité des articles 10 et 11 de la Constitution pour élaborer un raisonnement suivant lequel la garantie d'un droit fondamental reconnu par la Constitution comporte *en elle-même également* une interdiction de discrimination, la violation de ce droit s'analysant dès lors en une discrimination<sup>43</sup>.

C'est le miracle du *raisonnement « combinatoire »*<sup>44</sup> de la Cour d'arbitrage<sup>45</sup>, qui lui a permis de développer une véritable jurisprudence des droits fondamentaux. Dans ce raisonnement, les articles 10 et 11 de la Constitution vont constituer des dispositions « longue portée »<sup>46</sup> permettant à la Cour d'intégrer dans ses normes de référence *l'ensemble des droits fondamentaux garantis tant par la Constitution*<sup>47</sup> que les textes conventionnels<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Ce qui est fabuleux dans le destin de la juridiction constitutionnelle est que cette extension des normes de référence de la Cour, dont la compétence initiale était limitée aux règles répartitrices de compétences, n'est peut-être qu'un hasard de l'histoire du fédéralisme belge : ce qu'on voulait à l'époque, c'est veiller à ce que la communautarisation de l'enseignement ne porte pas atteinte aux garanties du pacte scolaire inscrites dans l'actuel article 24 de la Constitution. Mais dès lors que l'interdiction de discrimination entre les réseaux d'enseignement n'était que *l'expression particulière* du principe d'égalité et de non-discrimination contenu dans les articles 10 et 11 de la Constitution, on a décidé d'adoindre, *par souci de cohérence*, les articles 10 et 11 de la Constitution à l'article 24, et de confier ainsi à la juridiction gardienne de la répartition des compétences, le contrôle du respect par les normes législatives des articles « 10, 11 et 24 » de la Constitution. En 1989, il n'y avait donc pas de volonté clairement affirmée de confier à la Cour le contrôle *en soi* de droits et libertés fondamentales. Pourtant, chemin faisant, « tout le monde lira le 'et' placé devant le nombre [24] 17 comme un 'ou' » (P. MARTENS, « Exposé de synthèse », in *L'avènement des Communautés et des Régions : quels changements pour les praticiens du droit ?*, Actes de la journée d'étude du vendredi 18 mai 1990 organisée par la conférence du Jeune Barreau de Mons, De Boeck, Bruxelles, 1990, pp. 207-215, ici p. 213), de telle sorte que la Cour d'arbitrage va conquérir un contrôle de constitutionnalité du principe d'égalité et de non-discrimination *en soi*, dans sa plénitude d'applications insoupçonnées, qui constitue « la véritable clé de voûte du contrôle constitutionnel » (M. MELCHIOR, « Troisième sous-rapport de synthèse : 'Les diverses applications du principe d'égalité' », in *Le principe d'égalité*, Actes du 1<sup>er</sup> Congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Éd. du Conseil constitutionnel, Paris, avril 1997, pp. 523-543, ici p. 537). Voy. aussi N. BANNEUX, « L'égalité : clef du contentieux constitutionnel ? », in M. PÂQUES & J.-Cl. SCHOLEM (coords.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, C.U.P., vol. 73, Bruxelles, Larcier, octobre 2004, pp. 8-74.

<sup>43</sup> M. MELCHIOR, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 13.

<sup>44</sup> Voy. notamment F. COCOZZA, « Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle 'transfrontière' de la CEDH et justice constitutionnelle nationale – Les lignes incertaines d'une relation structurée », *R.F.D.C.*, 1996, pp. 707-724. L'auteur y évoque la « *démarche combinatoire* » de la Cour d'arbitrage (pp. 712-713).

<sup>45</sup> Dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 6 janvier 1989, il avait été souligné, de manière prémonitoire, que ceux qui s'opposaient à une extension des compétences de la Cour « auront peut-être la mauvaise surprise de voir la Cour d'arbitrage donner une interprétation extensive à la notion d'égalité inscrite dans les articles 6 et 6bis pour lesquels elle a, dès à présent, compétence » (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1988-1989, n°483/2, p. 11).

<sup>46</sup> Voy. X. DELGRANGE, « Les articles 6 [10] et 6bis [11] de la Constitution, des dispositions longue portée », *Rev. rég. dr.*, 1990, pp. 422-434.

<sup>47</sup> Ce qu'elle fera dans l'arrêt *Biorim* n°23/89 du 13 octobre 1989, premier arrêt prononcé en matière d'égalité, Sur cet arrêt, voy. X. DELGRANGE, « Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg », obs. sous C.A., 13 octobre 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, pp. 619-622 ; X. DELGRANGE, « Les articles 6 [10] et 6bis [11] de la Constitution, des dispositions longue portée », *Rev. rég. dr.*, 1990, pp. 422-434 ; O. DE

Dès lors que l'article 11 de la Constitution<sup>49</sup> garantit à tous l'absence de discrimination dans la jouissance des « droits et libertés », quelle que soit leur origine, la Cour a dû « de manière inévitable »<sup>50</sup>, inéluctable, intégrer les droits et libertés garantis par des textes conventionnels<sup>51</sup> dans ses normes de référence<sup>52</sup> : comment, en effet, la Cour aurait-elle pu opérer une dissociation, parmi les « droits et libertés » garantis par l'article 11 de la Constitution, entre certains droits, et ainsi exclure les droits garantis par des textes conventionnels<sup>53</sup> ? De l'engrenage du principe de non-discrimination...

Dès 1990, par son arrêt n°18/90, « le plus important qu'elle ait jamais rendu »<sup>54</sup>, la Cour d'arbitrage est donc devenue une véritable juridiction constitutionnelle, gardienne des droits fondamentaux.

**20. -** En 2003, le législateur spécial<sup>55</sup> a toutefois ressenti le besoin de consacrer expressément la juridiction constitutionnelle comme gardienne des droits

SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, De Boeck & Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 423-429 ; D. LAGASSE, obs. sous C.A., 13 octobre 1989, J.T., 1990, pp. 7-10 ; J.-Cl. SCHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », in *Liber Amoricorum Prof. Em. E. Krings, Story-Scientia*, Bruxelles, 1991, pp. 773-787 ; P. VANDERNOOT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », A.P.T., 1997, pp. 87-113 ; J. VELAERS, « Discriminatie in de sector van de klinische biologie : de zaak Biorim voor het Arbitragehof », T.B.P., 1990, pp. 454-463.

<sup>48</sup> C.A., n°18/90 du 23 mai 1990, B.11.3. Sur cet arrêt, voy. notamment A. ALEN, « Het Arbitragehof, meer dan 'een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid' ? », note sous C.A., n°18/90 du 23 mai 1990, R.W., 1990-1991, pp. 80-87 ; P. GILLIAUX, « La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6bis de la Constitution ? », obs. sous C.A., n°18/90, J.L.M.B., 1990, pp. 1303-1317 ; O. DE SCHUTTER & S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit., pp. 433-437 ; M. MELCHIOR & L. DE GRÈVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? - Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », op. cit., pp. 231-233 ; J.-Cl. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », Rev. dr. ULB, 1999, pp. 205-237 ; M. UYTTENDAELE, « La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ? - Réflexions suggérées par l'arrêt n°18/90 du 23 mai 1990 », J.T., 1991, pp. 265-269 ; P. VANDEN HEEDE & G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof », in J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (éds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde - Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Intersentia, Anvers, 2006, pp. 239-294, ici pp. 240-243 ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », op. cit., pp. 56-58.

<sup>49</sup> Selon nous, c'est donc davantage l'article 11 de la Constitution garantissant le principe de non-discrimination que l'article 10 de la Constitution, qui constitue la véritable disposition « longue portée ».

<sup>50</sup> L. DE GRÈVE, « Dix années d'existence de la Cour d'arbitrage », R.B.D.C., 1995, pp. 53-60, ici p. 57.

<sup>51</sup> Initialement, la Cour se référait à la notion d'effet direct avant d'abandonner cette référence. Depuis 2003, elle a même expressément dénié à l'effet direct une importance dans son contrôle, voy. C.A., n°106/2003 du 22 juillet 2003, B.4.2.

<sup>52</sup> Voy. P. VANDERNOOT, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport présenté par la Cour d'arbitrage de Belgique. », R.U.D.H., 1990, pp. 241-254, ici p. 252.

<sup>53</sup> Les travaux préparatoires de la loi ordinaire de 1983 (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1981-1982, n°246/2, p. 7 et pp. 29-31) et de la loi spéciale de 1989 (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1988-1989, n°483/2, pp. 44 et 59. Exposé de M. Dehaene, *Ann. parl.*, Sénat, 14 juin 1988, pp. 510-511) insistaient sur le fait que la Cour d'arbitrage n'était pas compétente pour veiller au respect du droit international et que la création de la Cour ne pouvait porter atteinte à la compétence des juridictions judiciaires, qui, depuis l'arrêt *Le Ski*, s'étaient déclarées compétentes pour contrôler le respect du droit international.

<sup>54</sup> M. VERDUSSEN, *Les douze juges - La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Éd. Labor, Bruxelles, 2004, p. 23.

fondamentaux, en opérant une extension des compétences de la Cour au contrôle du respect, par la loi, du titre II et des articles 170, 172 et 191, de la Constitution, avant que la dénomination de la juridiction constitutionnelle soit adaptée en 2007, par le Constituant lui-même, à sa mission réelle.

Mais de la sorte, en consacrant *partiellement* le raisonnement combinatoire, dans sa seule dimension interne, le législateur spécial a créé des normes de référence à deux vitesses : alors que les dispositions du titre II de la Constitution, ainsi que les articles 170, 172 et 191 de la Constitution peuvent désormais être invoqués « directement » devant la juridiction constitutionnelle, sans qu'il s'impose de les combiner avec les articles 10 et 11 de la Constitution, les dispositions internationales doivent toujours être invoquées *en combinaison* avec des dispositions internes susceptibles d' « enclencher » la compétence de la Cour<sup>56</sup>.

De la sorte, est avalisé le hiatus dans la protection des droits fondamentaux, puisqu'un problème de concurrence juridictionnelle se pose lorsqu'est soulevée dans un litige particulier la violation d'un droit fondamental garanti tant par la Constitution que par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce cas en effet, « le contrôle de constitutionnalité se confond, en substance, avec le contrôle de 'conventionnalité' »<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Par les articles 2 et 9 de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Voy. notamment, S. DEPRÉ & V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS & M. VERDUSSEN (éds), *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 81-107 ; R. ERGEC, « Une Cour de plus en plus constitutionnelle : propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage », C.D.P.K., 2003, pp. 622-632, ici pp. 623-629 ; B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », in *La Cour d'arbitrage, un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé le 28 mai 2004 par la Faculté de droit de l'Université de Liège (Service de droit constitutionnel) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 27-51, ici pp. 30-45 ; M.-F. RIGAUX, « La loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage », *Rev. rég. dr.*, 2003, pp. 392-403, ici pp. 392-393 ; J. THEUNIS, « Het Arbitragehof – Bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *N.j.W.*, 2003, pp. 954-960, ici pp. 954-955 ; F. TULKENS, « La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changement de fond ou améliorations de façade ? », *R.B.D.C.*, 2003, pp. 251-269, ici pp. 253-259 ; P. VANDEN HEDE & G. GOEDERTIER, « Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof ? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof », *T.B.P.*, 2003, pp. 458-479, ici pp. 460-466 ; J. VELAERS, « Het Arbitragehof derde fase : de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1401-1416, ici pp. 1401-1407.

<sup>56</sup> La Cour a précisé la portée d'un moyen invoquant la violation du principe d'égalité et de non-discrimination avec un autre droit fondamental, en considérant que « *lorsqu'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination est alléguée en combinaison avec un autre droit fondamental, il suffit de préciser en quoi ce droit fondamental est violé. La catégorie de personnes pour lesquelles ce droit fondamental est violé doit être comparée à la catégorie de personnes envers lesquelles ce droit fondamental est garanti* » (C.C., n°49/2008 du 13 mars 2008, B.3.2 ; n°40/2009 du 11 mars 2009, B.10). Comp. avec C.C., n°154/2008 du 6 novembre 2008, B.4 ; n°171/2008 du 3 décembre 2008, B.2.1 ; n°182/2008 du 18 décembre 2008, B.7.2.2 ; n°59/2009 du 25 mars 2009, B.3.4 ; n°98/2009 du 10 juin 2009, B.5.3 ; n°142/2009 du 17 septembre 2009, B.3 ; n°196/2009 du 3 décembre 2009, B.5 ; n°29/2010 du 18 mars 2010, B.7.3.

<sup>57</sup> M. MELCHIOR, « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national – Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 231-241, ici p. 235.

**21.** – Ainsi, lorsque, pour une ou plusieurs dispositions internationales garantissant un droit fondamental, existe une « *disposition miroir* » dans le titre II de la Constitution (ou les articles 170, 172 et 191 de la Constitution), le droit fondamental ainsi garanti par un *cumul* de textes constitutionnel et conventionnels peut être invoqué devant la Cour par le biais du texte constitutionnel, *auquel sont adjoints* (et non uniquement combinés) des textes conventionnels.

Dans son arrêt n°136/2004 du 22 juillet 2004, la Cour va considérer que « *lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause* »<sup>58</sup> (B.5.2), et, par conséquent, la Cour « *tient compte* » dans son examen du respect du titre II de la Constitution et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution « *des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues* » (B.5.3)<sup>59</sup>.

Ainsi, en consacrant la notion d' « *ensemble indissociable* »<sup>60</sup>, la Cour franchit une étape supplémentaire par rapport au raisonnement combinatoire, en opérant elle-même – en dépit du projet avorté d'un article 32bis de la Constitution<sup>61</sup> – une constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme et, de

<sup>58</sup> C.A., n°136/2004, B.5.2 (c'est nous qui soulignons). Sur cet arrêt, voy. notamment, A. ALEN, « Twintig jaar grondwettigheidstoezicht op wetgevende normen – Krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004 », T.B.P., 2005, pp. 213-226, pp. 221-222 ; G. MAES, « De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden », R.W., 2004-2005, pp. 875-878.

<sup>59</sup> Le raisonnement sur l'ensemble indissociable a ainsi été élaboré afin de rencontrer l'objection du Conseil des ministres constatant qu'était invoqué devant la Cour la violation du principe de légalité en matière pénale garanti par des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution, « *ainsi que* » des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le terme « *ainsi que* » au lieu de « *en combinaison* » aboutissant à demander à la Cour d'opérer un contrôle direct du respect de dispositions internationales.

<sup>60</sup> Notion qui sera reprise dans C.C., n°158/2004 du 20 octobre 2004, B.5.2, n°162/2004 du 20 octobre 2004, B.2 ; n°202/2004 du 21 décembre 2004, B.2.2 ; n°16/2005 du 19 janvier 2005, B.2 ; n°48/2005 du 1<sup>er</sup> mars 2005, B.11 ; n°87/2005 du 4 mai 2005, B.46 ; n°101/2005 du 1<sup>er</sup> juin 2005, B.2.3 ; n°109/2005 du 22 juin 2005, B.4 ; n°147/2005 du 28 septembre 2005, B.10.4 ; n°156/2005 du 10 octobre 2005, B.3.2 ; n°189/2005 du 14 décembre 2005, B.3.5 ; n°199/2005 du 21 décembre 2005, B.4 ; n°27/2006 du 1<sup>er</sup> juin 2006, B.2.3 ; n°71/2006 du 10 mai 2006, B.4.3 ; n°91/2006 du 7 juin 2006, B.9 ; n°98/2006 du 14 juin 2006, B.4.3 ; n°105/2007 du 19 juillet 2007, B.2.4 ; n°12/2008 du 14 février 2008, B.11.3 ; n°61/2008 du 10 avril 2008, B.3.3 ; n°110/2008 du 31 juillet 2008, B.3.4 ; n°76/2009 du 5 mai 2009, B.4.3 ; n°195/2009 du 3 décembre 2009, B.6 ; n°17/2010 du 25 février 2010, B.8.2 ; n°29/2010 du 18 mars 2010, B.5.3 ; n°32/2010 du 30 mars 2010, B.13.2.1. Parfois, la Cour ne se réfère pas à la notion d' « *ensemble indissociable* », voy. C.C., n°101/2007 du 12 juillet 2007, B.3.2 ; n°2/2008 du 17 janvier 2008, B.4.2 ; n°73/2008 du 24 avril 2008, B.4.2 ; n°87/2009 du 28 mai 2009, B.6.1.

<sup>61</sup> Doc. parl., Sénat, s.o. 2000-2001, n°2-575/1, et sur ce projet, voy. S. DEPRÉ & V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », *op. cit.*, pp. 101-106 ; H. SIMONART & M. VERDUSSEN, « La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux », R.B.D.C., 2001, pp. 183-190. Ce projet sera peut-être à nouveau d'actualité, puisque la dernière déclaration de révision de la Constitution du 6 mai 2010 (*Moniteur belge* du 7 mai 2010) ouvre à révision, comme en 2007, le titre II de la Constitution, « *en vue d'y insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». C'est par cette ouverture à révision que pourrait s'opérer la « *modernisation* » du titre II de la Constitution, évoquée précédemment.

manière plus large, des droits et libertés garantis par des dispositions conventionnelles.

Son *raisonnement « fusionnel »* consiste en effet à faire rentrer dans ses normes constitutionnelles de référence, la *garantie* de normes conventionnelles, plus précisément, telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à ces droits et libertés « analogues » aux droits et libertés constitutionnelles.

Ce type de raisonnement aboutit donc à *amoindrir l'importance du fondement textuel des droits fondamentaux*, en intégrant dans les dispositions constitutionnelles (en principe analogues) les garanties des dispositions conventionnelles.

Quelques mois après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 22 juillet 2004 consacrant l'ensemble indissociable, c'est le même type de raisonnement fusionnel que la Cour de cassation va utiliser dans l'arrêt « *Vlaams Blok* » du 9 novembre 2004 pour éviter d'interroger la Cour constitutionnelle, en se fondant sur l'*identité* des garanties prévues par la Constitution et par la Convention, dès lors qu'elle avait *elle-même* conclu à la conventionnalité de la loi<sup>62</sup>.

**22. –** Afin de résoudre le problème du « concours de droits fondamentaux », qui se pose quand on invoque devant une juridiction la violation d'un droit fondamental garanti tant par la Constitution que par une disposition conventionnelle, l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989<sup>63</sup>, inséré par la loi spéciale du 12 juillet 2009,

<sup>62</sup> Cass., 9 novembre 2004, n°P.04.0849.N, *a.s.b.l. Vlaamse Concentratie et autres c. Centre pour l'égalité des chances*, publié au *J.T.*, 2004, pp. 856-858. Il était invoqué devant la Cour de cassation une violation par la loi réprimant le racisme et la xénophobie de la liberté d'expression, de réunion et d'association garantie par les articles 19, 26 et 27 de la Constitution et 10 et 11 de la CEDH ; la Cour a affirmé la primauté de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Constitution. Sur cet arrêt, voy. notamment B. GORS, « Une cause de refus de renvoi préjudiciel : la primauté de la Convention européenne sur la Constitution », *R.B.D.C.*, 2005, pp. 507-531 ; F. MEERSCHAUT, « De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet », obs. sous Cass., 9 novembre 2004, *T.B.P.*, 2005, pp. 48-53 ; M.-F. RIGAUX, « Quand la Cour de cassation arbitre », obs. sous Cass., 9 novembre 2004, *R.D.P.C.*, 2005, pp. 808-818. La Cour de cassation a adopté le même raisonnement qui refuse d'interroger la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 16 novembre 2004 (n° P.04.1127.N, *D.L.M.*), en affirmant cette fois la primauté sur la Constitution de *toute* disposition conventionnelle ayant effet direct ; sur cet arrêt, voy. F. SCHUERMANS, « Het bewijs in strafzaken : het Hof van cassatie en de strafvorderlijke gevolgen van de schending van een grondrecht », obs. sous Cass., 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, pp. 517-526 ; A. VANDAELE, « Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling », obs. sous Cass., 16 novembre 2004, *C.D.P.K.*, 2005, pp. 611-624.

<sup>63</sup> Cette disposition est issue d'une proposition se basant sur le rapport d'un groupe de travail présidé par le Professeur Jan VELAERS, voy. J. VELAERS, « De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten – Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux », in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éds), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, La Charte, Bruges, 2006, pp. 99-149. Sur cette disposition, voy. Ch. HOREVOETS, « L'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est-il voué à une perpétuelle mutation ? », in *En hommage à Francis Delpérée - Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 631-645 ; M.-Fr. RIGAUX, « Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux : vers un renforcement du monopole de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2009, pp. 649-651 ; P. POPELIER, « Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit van grondrechten of voor bescherming van de wet », *R.W.*, 2009-2010, pp. 50-62 ; M. TRAEST, « Samenloop van grondrechten – Artikel 26 § 4 van de Bijzonder Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof », *N.j.W.*, 2010, 130-135 ; P. VAN NUFFEL, « Prejudiciële vragen aan het Hof

détermine un ordre de contrôle, en affirmant la compétence première et de principe de la juridiction constitutionnelle<sup>64/65</sup>, tout en assortissant ce principe de multiples exceptions.

Cette disposition qui, comme nous l'avons signalé précédemment, consacre la notion de « droit fondamental » comme un droit garanti *cumulativement* par le Titre II de la Constitution et par des dispositions internationales, admet donc implicitement que le contrôle juridictionnel des droits fondamentaux s'opère *indépendamment de leur origine textuelle*.

Dans son arrêt n°30/2010 du 30 mars 2010<sup>66</sup>, la Cour constitutionnelle s'est d'ailleurs référée à cette disposition.

**23. -** Cette évolution de la juridiction constitutionnelle, du raisonnement combinatoire au raisonnement fusionnel, témoigne selon nous d'un phénomène lié à la notion même de droit fondamental, voire *participe à une nouvelle notion de « droit fondamental »*.

Le raisonnement juridictionnel en matière de droits fondamentaux implique en effet la prise en compte, à l'égard d'un droit fondamental invoqué, *de textes d'origines différentes*, garantissant ce droit, ou certains de ses aspects. Ce raisonnement juridictionnel de « dématérialisation »<sup>67</sup> des droits fondamentaux consiste ainsi à amoindrir progressivement le rôle des fondements textuels, d'origines distinctes, des

van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraktijk na het Verdrag van Lissabon », R.W., 2009-2010, pp. 1154-1177, ici pp. 1169-1172.

<sup>64</sup> Signalons que, par jugement du 29 octobre 2009, le tribunal de première instance de Liège a posé à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle sur l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (aff. C-457/09, *Chartry c. Etat belge*), les motifs de cette décision se référant notamment à la jurisprudence *Simmenthal* du 9 mars 1978 (Aff. 106/77) ; sur cette décision, voy. A. RÖMER, « L'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle en cas de concours de droits fondamentaux se heurte-t-elle au droit de l'Union européenne ? Illustration jurisprudentielle dans le cadre du contentieux de la prescription du recouvrement », note sous Civ. Liège, 29 octobre 2009 (à paraître dans la *R.G.C.F.*). D'autres questions préjudiciales ont également été posées par le tribunal de Namur, voy. J. VAN DYCK, « La nouvelle règle de priorité est-elle contraire au droit européen ? », note sur Trib. Namur, 10 mars 2010, *Fiscologue* 2010, n° 1198, pp. 1-2 ; E. VAN BRUSTEM, « L'affaire du commandement interruptif de prescription est à Luxembourg », *Act. fisc.*, 2010, n°21, pp. 3-7.

<sup>65</sup> Interrogée par la Cour de cassation française, la Cour de justice de l'Union européenne vient de se prononcer sur la problématique française de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), en admettant la compatibilité du système, sous réserve de trois conditions qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier (arrêt CJUE *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010). Pour un tour d'horizon des positions juridictionnelles sur la QPC, avant l'arrêt *Melki* mentionné précédemment, voy. notamment P. CASSIA & E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Dalloz*, 2010, n°20, pp. 1234-1242.

<sup>66</sup> Arrêt n°30/2010 du 30 mars 2010, B.7.3. La référence à cette disposition se situe dans le rappel, par la Cour, de l'organisation du contrôle juridictionnel des permis ratifiés suivant la procédure instaurée par les articles 1<sup>er</sup> à 4 du décret du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général (dit « décret DAR » - décret d'autorisations régionales) ; dans cet arrêt, la Cour a posé plusieurs questions préjudiciales à la Cour de justice de l'Union européenne et a décidé de surseoir à statuer en l'attente des réponses à ces questions.

<sup>67</sup> Terme évoqué pour la première fois dans G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges - Commentaire de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme *D. c. Irlande* du 5 juillet 2006 et digression autour du mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle », *R.T.D.H.*, n°71, juillet 2007, pp. 757-822, ici p. 799.

droits garantis, à les détacher de leur fondement textuel, et les faire accéder, *par une sorte de processus ascensionnel*, à l'instar du raisonnement concernant les principes généraux du droit, au statut de « droits fondamentaux ».

La notion de « droit fondamental » ou de « droits fondamentaux » s'alimente ainsi de droits constitutionnels, conventionnels, écrits ou non écrits, qui fusionnent en une sorte de « supra principes généraux », résultante d'un raisonnement juridictionnel qui « dépasse » les textes, qu'ils soient conventionnels ou constitutionnels.

**24. -** Parce que des dispositions ont, selon le juge, le même objet, parce qu'elles vont « dans le même sens » de protection d'un droit, ces dispositions constituent, expressément ou implicitement, un ensemble indissociable garantissant un droit fondamental.

Ainsi, à titre d'illustration, « *le principe de légalité en matière répressive* » devient, par le biais de la jurisprudence constitutionnelle, un droit fondamental déduit des articles 12 et 14 de la Constitution, 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>68</sup> et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>69</sup>.

De même, les articles 19 et 25 de la Constitution, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques – et alors même qu'ils ont des formulations et implications différentes – garantissent « *la liberté d'expression et la liberté de la presse* »<sup>70</sup>, érigée comme un seul et même droit fondamental.

En opérant un raisonnement qui transcende les textes qui garantissent des droits jugés analogues, le juge crée ainsi des « droits fondamentaux », dont les contours ne sont peut-être que la résultante d'un raisonnement fusionnel du juge.

### **Conclusions**

**25. -** Des pensées sans ordre ne sont pas des pensées présentées avec confusion ; elles admettent néanmoins qu'une certaine réalité peut être appréhendée sous des angles différents, impliquant un « ordre » de présentation ouvertement subjectif.

Dans la présente contribution, nous avons tenté l'exercice d'approche de la notion de « droit fondamental », en ayant conscience qu'il n'y a pas de pire tâche que celle de s'attaquer à une notion relevant de l'inconscient collectif des juristes.

Dans les lignes qui précèdent, nous avons tenté de présenter notre intuition selon laquelle les droits fondamentaux comportent deux aspects cumulatifs<sup>71</sup> : (1) cette notion est la résultante d'un raisonnement qui fait abstraction de l'origine textuelle des textes, jugés analogues, garantissant un droit fondamental, et (2) ce

<sup>68</sup> C.C., n°136/2004 du 22 juillet 2004, B.5 ; n°158/2004 du 20 octobre 2004, B.5 ; n°156/2005 du 20 octobre 2005, B.3 ; n°71/2006 du 10 mai 2006, B.4.3 ; n°98/2006 du 14 juin 2006, B.4.3.

<sup>69</sup> C.C., n°109/2005 du 22 juin 2005, B.5.2 ; n°199/2005 du 21 décembre 2005, B.4.

<sup>70</sup> C.A., n°91/2006 du 7 juin 2006, B.10 et B.11.

<sup>71</sup> Nous espérons continuer notre réflexion sur le sujet et, dans le cadre d'une contribution ultérieure, avoir l'occasion de développer davantage ce point de vue.

raisonnement relève d'un juge opérant un contrôle juridictionnel des normes législatives.

Ce constat, lié à notre vécu de juriste et à notre pratique professionnelle, n'est, bien évidemment, comme tout constat, qu'une approche imparfaite et provisoire d'une réalité mouvante.

Juin 2010