

# LA NOTION DE DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

par

Jacques Arrighi de Casanova\*

Abordant la question des droits fondamentaux en droit public français on peut avoir le sentiment, dans une première approche, d'être en présence d'une notion assez largement ignorée. Il faut dire que la matière des droits et libertés a longtemps été centrée autour de la notion de libertés publiques, entendues comme étant celles qui sont garanties par la loi et dont le juge assure le respect par l'administration.

De son côté, l'expression « droits fondamentaux », envisagée comme recouvrant les droits et libertés qui s'imposent au législateur, n'a fait son apparition en droit français qu'assez tardivement, par le biais de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle demeure aujourd'hui inconnue du droit positif. La Constitution de 1958 n'emploie pas ce terme. Et si son préambule renvoie à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, il faut d'emblée souligner qu'à l'origine celle-ci n'avait pas été conçue, contrairement à l'inspiration des constitutions allemande et espagnole, comme l'énoncé de droits opposables au législateur.

Mais même si cette notion n'est apparue dans la jurisprudence qu'à partir des années 1990, on peut néanmoins considérer qu'elle était en réalité présente bien avant et que son importance est aujourd'hui mieux assurée. Aussi convient-il, avant d'essayer de la situer dans le droit public français d'aujourd'hui (III), de s'interroger sur les raisons de cette place longtemps réduite (I), puis d'analyser les éléments qui ont conduit à son émergence progressive (II).

## I - UNE PLACE LONGTEMPS REDUITE

Le caractère réduit de cette place s'explique par des facteurs bien précis que j'essaierai d'abord d'analyser, avant de souligner qu'à travers la notion voisine de liberté fondamentale, les droits fondamentaux étaient quand même présents en droit français.

*A) La prééminence de la notion de libertés publiques est due au rôle central du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit jurisprudentiel et à sa conception de la hiérarchie des normes.*

1) Dans ce domaine comme dans les autres, le droit public jurisprudentiel est longtemps resté l'œuvre du seul Conseil d'Etat.

Dans bien des cas, les textes relatifs à l'exercice des droits et libertés se bornent à énoncer des règles générales, laissant ainsi au juge le soin d'en préciser la portée exacte. Ce constat vaut aussi pour la matière de la police administrative, dont la loi se contente essentiellement de définir l'objet en termes très généraux, tout en posant des règles de compétence. D'où l'importance de la jurisprudence, en l'absence de texte écrit précisant les conditions dans lesquelles l'exercice des droits et libertés peut être encadré ou limité.

Et l'élaboration de ce droit public jurisprudentiel a longtemps incombé au seul Conseil d'Etat, juridiction suprême de l'ordre administratif. Ainsi a-t-il forgé, notamment au cours de la première moitié du XXème siècle, tout un corps de règles tendant en particulier à préciser la portée d'un certain

---

\* Conseiller d'Etat.

nombre de droits et libertés et à poser les bases d'une conciliation entre préservation de l'ordre public et exercice, par les citoyens, des libertés publiques.

Il faut en outre souligner que « l'invention » des principes généraux du droit a eu sa part dans la l'élaboration de cette jurisprudence, tant il est vrai que plusieurs de ces principes, tels que, par exemple, celui des droits de la défense, ont un contenu matériel qui touche précisément aux droits et libertés. De manière générale d'ailleurs, il suffit de parcourir l'ouvrage de référence sur *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative* pour mesurer l'importance de l'œuvre jurisprudentielle ainsi accomplie et constater que nombre des décisions qui y sont reproduites et commentées sont en même temps des grands arrêts du droit des libertés publiques.

Pourquoi « libertés publiques » et non pas « droits fondamentaux » ? Tout simplement parce que la question de savoir si les droits et libertés consacrés ou garantis par le juge avaient une force, une importance telles que leur respect devait être imposé, non seulement à l'administration, mais aussi au législateur ne se posait pas.

2) Il faut à ce stade rappeler que, dans ce domaine comme dans les autres, le juge soumet l'administration au respect du principe de légalité, mais il s'est longtemps interdit de vérifier si le législateur respecte les normes supérieures.

Le Conseil d'Etat s'est en effet toujours considéré comme le serviteur de la loi, chargé de l'appliquer, de l'explicitier, souvent de la suppléer, mais jamais de la contrôler. Bien établi dès la IIIème République, ce refus de contrôler la validité des textes législatifs a naturellement été transposé aux rapports entre loi et traités à partir du moment où, en 1946, la Constitution leur a fait elle-même une place en posant le principe de leur supériorité à la loi.

Il faut cependant bien reconnaître que ce refus de censurer la loi peut parfois connaître quelques tempéraments, voire même contournements. Conformément à sa mission, qui est celle de tout juge amené à interpréter la loi, le Conseil d'Etat considère que le législateur doit en principe être réputé avoir entendu se conformer aux normes supérieures qui s'imposent à lui. Le juge administratif a ainsi pu être conduit, dans biens des cas où étaient en cause des droits et libertés particulièrement essentiels – on ne parlait pas de droits fondamentaux, mais en réalité c'est bien de cela qu'il s'agissait - à mettre à leur service cette technique d'interprétation.

D'où une lecture parfois très constructive de la loi, revenant plus ou moins à la réécrire, voire à statuer contre sa lettre. Pour ne prendre qu'un exemple, bien connu des lecteurs des « Grands arrêts » et particulièrement illustratif de cette ligne jurisprudentielle, on peut citer la décision rendue en 1950 dans l'affaire *Dame Lamotte*, où le Conseil d'Etat estime qu'une loi énonçant qu'une décision administrative n'est susceptible d'aucun recours doit nécessairement être comprise comme n'ayant pas entendu exclure la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir.

*B) La notion de liberté fondamentale n'était cependant pas inconnue du droit public français.*

Bien avant que la loi soit soumise à un contrôle à partir de 1958, la notion de liberté fondamentale a quand même occupé une place non négligeable, à un double titre.

1) On a souvent pu parler d'une « notion fonctionnelle » au service d'un renforcement du contrôle juridictionnel de l'administration.

La notion de liberté fondamentale joue d'abord un rôle important dans le contrôle des mesures de police administrative : chaque fois qu'il a estimé qu'une liberté devait bénéficier de garanties particulièrement renforcées, le Conseil d'Etat a développé en la matière un contrôle de proportionnalité plus étendu : c'est la jurisprudence « Benjamin », dégagée en 1933 à propos de la liberté de réunion et appliquée ensuite dans bien d'autres domaines. Elle conduit le juge à vérifier, non seulement si la restriction apportée par l'administration à l'exercice d'une liberté était en l'espèce justifiée par une situation particulière, mais en outre si la mesure adoptée n'excédait pas, par son ampleur et par sa rigueur, ce qui était strictement nécessaire à la préservation de l'ordre public.

Le souci d'accorder une protection efficace aux libertés fondamentales est également à l'origine de la théorie de la voie de fait, consacrée par le Tribunal des conflits à une époque où le juge administratif n'avait pas acquis la même crédibilité qu'aujourd'hui. Cette théorie, applicable lorsque l'administration, agissant manifestement en dehors des pouvoirs lui appartenant, a porté une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété, conduit à admettre la compétence du juge civil pour mettre fin, au besoin en adressant des injonctions à l'administration, à de tels agissements. La dérogation ainsi admise à la répartition normale des compétences a ensuite été maintenue, alors même que la crédibilité de la juridiction administrative était devenue incontestable, afin d'offrir aux justiciables victimes de tels agissements la protection juridictionnelle plus efficace que permettent les procédures de référé civil, dont on ne trouvait pas l'équivalent en contentieux administratif.

2) A partir de 1946, le droit positif constitutionnel prend en compte l'existence de droits et libertés s'imposant au législateur.

Renouant avec une tradition ignorée des lois constitutionnelles de 1875, la Constitution de 1946 est assortie d'un préambule qui ne se contente pas de renvoyer à la Déclaration de 1789. Il dégage aussi la notion nouvelle de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » destinée à donner une consécration particulière à l'œuvre législative de la IIIème République dans le domaine des droits et libertés. En outre, le préambule de 1946 énonce de nouveaux droits et principes, notamment en matière économique et sociale.

Mais il faut souligner que, jusqu'en 1958, le respect de ces principes par le législateur n'a pas été assuré, faute de juge constitutionnel. Pour autant, ces proclamations ne sont pas totalement restées lettre morte : on peut à cet égard relever que, dans un arrêt rendu en 1956 à propos de la dissolution administrative d'une association, l'*Amicale des Annamites de Paris*, le Conseil d'Etat a été conduit à appliquer les dispositions de la Constitution de 1946 qui reconnaissent aux ressortissants de l'Union française les droits garantis par le préambule, et à juger que la liberté d'association était au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ainsi consacrés par la Constitution.

## II - LA FIN DE LA SUPREMATIE DE LA LOI A FAVORISE L'EMERGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

De même que le règne absolu de la loi rendait pour l'essentiel sans objet les interrogations relatives au rattachement des droits et libertés à la notion de droits fondamentaux, la fin de sa suprématie a favorisé l'émergence de cette notion. Cela a d'abord été l'affaire du juge constitutionnel, avant que les juridictions ordinaires deviennent elles-mêmes juges de la loi, à travers sa confrontation avec les normes internationales.

### A) *L'apparition et le développement d'un contrôle de constitutionnalité*

1) C'est une innovation de la Constitution de 1958, dont la portée est d'abord restée limitée.

La mise en place, avec la création du Conseil constitutionnel, d'une juridiction chargée de statuer sur la conformité de la loi à la Constitution a pu apparaître, au regard de la tradition juridique française, comme une véritable révolution. Mais ses effets sur l'émergence des droits fondamentaux a d'abord été limitée, pour deux séries de raisons.

En premier lieu, le texte même de la Constitution fait peu de place aux droits et libertés. Pour l'essentiel, l'énoncé de règles substantielles en ce domaine se limite aux principes d'égalité devant la loi et devant le suffrage, ainsi qu'à la consécration de la liberté individuelle, entendue comme renvoyant à la notion de sûreté où à celle d'*habeas corpus*..

En second lieu, la valeur du préambule, qui renvoie à celui de 1946 et contient donc l'essentiel des droits fondamentaux que le constituant a entendu consacrer, a d'abord été incertaine : on a pu ainsi soutenir que le Conseil constitutionnel avait surtout été créé pour veiller à la répartition des compétences normatives entre le Parlement et le Gouvernement, mais non pour confronter les lois au préambule.

2) A partir des années 1970, on a assisté à un développement du contrôle de la loi au regard d'un ensemble de normes pouvant être rattachées à la notion de droits fondamentaux.

Cette évolution est d'abord imputable à la consécration de la valeur constitutionnelle du préambule, marquée notamment par l'importante décision rendue en 1971 sur la liberté d'association, que le Conseil constitutionnel a rangée, comme le Conseil d'Etat l'avait fait quinze ans plus tôt, au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Elle a ensuite été favorisée par la révision de 1974 qui, en élargissant les possibilités de saisine du juge constitutionnel, a multiplié les occasions de confronter la loi aux règles et principes auxquels elle est soumise en matière de droits et libertés.

C'est à partir de là que le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence veillant au respect des droits fondamentaux par le législateur. Son analyse détaillée déborderait du cadre de cette communication. Je me bornerai à mentionner la jurisprudence sur « l'effet cliquet », appliquée notamment en 1986 à une loi revenant sur des dispositions tendant à préserver le pluralisme de la presse, objectif constitutionnel déduit de l'article 11 de la Déclaration de 1789 garantissant la libre communication des pensées et des opinions. Cette jurisprudence tend à limiter la possibilité, pour le Parlement, d'abroger ou de modifier certains textes apportant aux droits et libertés les plus essentiels les garanties minimales sans lesquelles ils seraient privés d'effectivité, et en deçà desquels, par conséquent, la loi ne peut pas aller.

B) *La généralisation de la soumission de la loi aux normes supérieures, y compris les traités (contrôle de "conventionnalité")*

1) Cette soumission est devenue effective avec la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle, par les juridictions ordinaires, de la conformité de la loi aux traités.

Le ralliement du Conseil d'Etat à ce contrôle n'est pas allé de soi. Même après avoir constaté, en 1975, que le Conseil constitutionnel refusait de s'y livrer, le juge administratif, contrairement à la Cour de cassation, a d'abord été réticent à l'exercer, persistant à considérer qu'il n'était pas habilité à censurer la loi. Avec la jurisprudence « Nicolo » de 1989, le Conseil d'Etat a fini par admettre qu'il pouvait trouver dans les termes de l'article 55 de la Constitution, qui donnent aux traités régulièrement ratifiés et publiés une valeur supérieure à la loi, une habilitation à écarter, le cas échéant, la seconde au profit des premiers.

C'est peut-être de là qu'il faut dater le véritable essor des droits fondamentaux en droit public français. Car ce contrôle de la loi est appelé à intervenir beaucoup plus aisément, et donc plus fréquemment que celui de sa conformité à la Constitution : rappelons en effet que, contrairement au contrôle de constitutionnalité, la possibilité de déclencher le contrôle de « conventionnalité » est offerte à tous les justiciables à l'occasion de l'application qui leur est faite d'une disposition législative.

2) Bien que le principe de ce contrôle ait été admis par le Conseil d'Etat à propos du droit communautaire, et que ce dernier soit souvent invoqué, il faut souligner la part des droits fondamentaux dans les normes de référence du contrôle de conventionnalité.

Qu'il s'agisse de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou du pacte de New-York sur les droits civils et politiques, les droits fondamentaux sont très souvent au cœur des débats contentieux portant sur la confrontation de la loi dont l'application est en cause dans une affaire déterminée avec les engagements internationaux. On peut d'ailleurs penser que le droit communautaire ne tardera pas à renforcer ce corps de normes de référence : timidement apparus à travers la référence introduite dans le traité de l'Union européenne par le traité d'Amsterdam, les droits fondamentaux devraient y entrer en force si le projet d'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans la future constitution européenne voit le jour.

### **III - UNE PLACE DESORMAIS RECONNUE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS**

A) *La confrontation de la loi aux normes garantissant les droits fondamentaux est aujourd'hui banale*

Elle se présente sous deux aspects, marqués l'un et l'autre – quoique à des degrés divers - par l'influence des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

1) La jurisprudence constitutionnelle assure la réception, en droit français, de concepts issus, notamment, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Tantôt il s'agit de faire évoluer l'interprétation des normes déjà présentes dans la jurisprudence constitutionnelle, dans le sens d'une harmonisation avec le droit conventionnel. On peut par exemple citer la jurisprudence sur les validations législatives. A l'origine, c'est-à-dire à partir de 1980, elle n'a été conçue que sous l'angle de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juridictions. Sous

l'influence de la cour de Strasbourg, le Conseil constitutionnel a progressivement infléchi sa jurisprudence, renforçant par la-même les contraintes pesant sur le législateur. Il s'est alors placé davantage sur le terrain du droit des parties et de l'égalité des armes, composante du droit à un procès équitable énoncé à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. On a ainsi un cadre jurisprudentiel qui, à propos de la même question, a glissé d'une approche essentiellement institutionnelle vers la prise en compte des droits fondamentaux.

Dans certains cas, cette même politique jurisprudentielle a pu conduire le juge constitutionnel à introduire des normes nouvelles dans le bloc de constitutionnalité. Ainsi a-t-il estimé, à partir des années 1994-96, que le droit à un recours effectif – garanti par l'article 13 de la même convention, mais sur lequel le droit constitutionnel français était *a priori* muet - pouvait se déduire de la notion de garantie des droits énoncée à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

2) Le contrôle de conventionnalité place les juridictions ordinaires en première ligne dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

Indépendamment du droit communautaire, invoqué de façon ponctuelle dans certains contentieux spécialisés, on observe que la confrontation de la loi nationale aux engagements internationaux est essentiellement centrée sur la convention européenne des droits de l'homme, ce qui signifie qu'en matière de contrôle de conventionnalité, le débat contentieux tourne le plus souvent autour des droits fondamentaux. Ce texte – en particulier son article 6 - fait l'objet d'un véritable engouement de la part des justiciables et de leurs avocats, qui ont parfois tendance à lui prêter une portée dont il n'est pas nécessairement doté.

Le plus souvent – et c'est rassurant – cette invocation s'avère vaine. C'est rassurant et c'est assez logique parce que, pour l'essentiel quand même, le droit français ne méconnaît pas les droits fondamentaux. Il faut cependant reconnaître que la réception du droit conventionnel dans l'ordre interne, et en particulier la prise en compte, par le Conseil d'Etat, de la jurisprudence de la cour de Strasbourg l'a conduit à faire évoluer sa jurisprudence. Deux exemples illustrent assez bien cette évolution.

Le premier est assez ponctuel et concerne un contentieux qui demeure limité : c'est la question de la portée de l'article L.160-5 du code de l'urbanisme qui exclut – sous réserve d'exceptions qui se rencontrent rarement – toute indemnisation des servitudes d'urbanisme, y compris lorsqu'un terrain qui avait une certaine valeur en termes de droits à bâtir se trouve, du jour au lendemain, classé en zone inconstructible. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat a appliqué ce texte au pied de la lettre et ce type d'action en indemnisation n'aboutissait à peu près jamais. Et puis en 1998 il a estimé, dans une affaire *Bitouzet*, qu'il fallait donner de ce même texte une interprétation combinée avec celle du 1er protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme qui, en substance, garantit le droit de propriété contre toute ingérence excessive de l'autorité publique. Cela a donc conduit le juge administratif à assouplir une règle légale afin assurer un meilleur équilibre entre les intérêts de la puissance publique et la protection des droits fondamentaux.

Le second exemple est peut-être plus éclairant encore, non seulement parce qu'il s'agit d'un contentieux de masse qui fait partie de l'ordinaire quotidien des juridictions administratives, mais aussi parce qu'il montre que les droits fondamentaux ne sont pas seulement ceux du citoyens, mais profitent également aux étrangers : c'est celui de l'irruption de l'article 8 de la même convention dans le contentieux du séjour des étrangers. Traditionnellement, la jurisprudence était placée sous le signe d'une grande réserve, l'idée étant que les textes, pour l'essentiel, n'ouvrent pas de droit au séjour, l'administration disposant par conséquent d'une assez grande marge d'appréciation. D'où un contrôle juridictionnel plutôt restreint sur les motifs qu'elle retient, même quand il s'agit d'apprécier si l'étranger

qui dispose d'un titre peut être expulsé pour menace à l'ordre public. Or, la prise en compte de l'article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale a débouché sur un profond changement de perspective : au-delà des conditions légales peu exigeantes définies par la loi nationale, l'administration est tenue de prendre en considération l'article 8 et, de surcroît, le juge exerce un plein contrôle de proportionnalité sur l'atteinte qui peut être portée au respect de la vie privée et familiale de l'étranger à qui on refuse un titre de séjour ou dont on prononce l'expulsion.

*B) La notion de droits fondamentaux connaît un certain renouveau en contentieux administratif avec le « référé liberté ».*

1) La référence de la loi du 30 juin 2000 à la notion de liberté fondamentale a une origine bien précise, mais une portée incertaine.

On a vu que la théorie jurisprudentielle de la voie de fait avait été conçue à l'origine, et maintenue dans la période récente, avec le souci d'offrir aux justiciables une protection juridictionnelle efficace lorsque l'administration porte certaines atteintes graves au droit de propriété ou à une liberté fondamentale. A la fin des années 1990, les pouvoirs publics ont pris conscience qu'il était temps de donner au juge administratif des outils efficaces pour statuer dans l'urgence. C'est ce qui inspire la loi du 30 juin 2000 qui transforme l'ancienne procédure de sursis à exécution en référé suspension. Cette même loi crée en même temps - c'est cela qui nous intéresse ici - le référé liberté. Si le texte qui figure désormais à l'article L. 521-2 du code de justice administrative ne parle que d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, sans mentionner le droit de propriété, il est assez clair que l'intention des auteurs du projet était de rendre pour l'essentiel sans objet la théorie de la voie de fait ou, en tout cas, d'éviter que cette notion continue d'être invoquée abusivement pour saisir le juge civil de questions qui relèvent de la juridiction administrative.

Le Parlement s'est cependant bien gardé de définir la notion qu'il utilisait et les débats montrent que, pour ce faire, il a entendu s'en remettre entièrement au Conseil d'Etat. On peut dire que celui-ci, qui avait assez largement inspiré la réforme, s'est volontiers acquitté de cette tâche.

2) Les grandes lignes de la jurisprudence dégagée par le Conseil d'Etat pour l'application de ce texte présentent un double caractère.

La première est incontestablement marquée par l'importance de la notion de droits fondamentaux dans la définition du champ du référé liberté. Même s'il s'abstient le plus souvent d'explicitier son raisonnement sur ce point, le Conseil d'Etat s'est en effet attaché à tenir le plus grand compte du fait qu'une liberté est garantie par un texte supérieur à la loi, pour vérifier s'il est en présence d'une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2.

Le plus souvent, sa source d'inspiration est la Constitution et son préambule, ce qui le conduit naturellement à prendre en considération la jurisprudence du Conseil constitutionnel. A partir de cette première étape, une seconde phase du raisonnement consiste à déterminer si le droit fondamental ainsi identifié peut se rattacher à la notion de liberté. En effet, la lettre même du texte à appliquer montre que le législateur n'a entendu offrir une protection juridictionnelle particulière que lorsque sont en jeu certaines libertés, et non pas n'importe quel droit, si fondamental soit-il. Dans bien des cas, on s'aperçoit ainsi que certains droits fondamentaux présentent un double aspect : le « droit de », auquel renvoie la notion de liberté fondamentale et le « droit à », qui évoque plutôt ce que la doctrine présente parfois comme un droit de créance. On peut essayer d'illustrer cette distinction à travers deux exemples choisis dans les mêmes matières que celles qui viennent d'être évoquées à propos de l'influence des droits fondamentaux sur la jurisprudence administrative.

S'agissant d'abord du droit de propriété, le Conseil d'Etat a considéré qu'il se rattachait à la notion de liberté fondamentale, en tant qu'il comporte le droit, pour un propriétaire, de jouir librement de son bien. Cette inclusion dans le champ du référé liberté a débouché sur une jurisprudence novatrice, par laquelle le juge administratif peut être conduit à exiger d'un préfet, au besoin sous astreinte, qu'il accorde le concours de la force publique pour l'exécution d'un jugement prononçant l'expulsion d'un locataire qui ne paie plus son loyer ou de « squatters » qui occupent illégalement un bâtiment. Jusque là, il faut le signaler, l'inertie de l'administration se résolvait seulement en indemnités, sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques, dans le cadre de la jurisprudence *Couitéas*.

Le second exemple concerne les étrangers et le droit à une vie familiale normale, garanti à la fois par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et par le préambule de la Constitution : le droit au regroupement familial qui s'en déduit n'est pas une liberté fondamentale car il s'agit plus d'un « droit à » que d'un « droit de », c'est-à-dire plus d'un droit de créance que d'une liberté ; en revanche, le droit de vivre avec sa famille - une fois que celle-ci a été autorisée à résider sur le territoire français - est une liberté protégée contre les ingérences abusives de l'administration, ce qui conduit la jurisprudence à admettre qu'une mesure d'éloignement forcé puisse être tenue en échec, si elle est manifestement illégale, dans le cadre du référé liberté.

Dans cette prise en compte des normes supra-législatives en vue de vérifier si l'on est dans le champ du référé liberté, le Conseil d'Etat se tourne d'abord, comme il est normal, vers le droit constitutionnel. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit conventionnel et la jurisprudence de Strasbourg sont ignorés ou négligés. Mais il faut bien reconnaître que la problématique est ici toute différente de celle qui se présente au juge administratif lorsqu'un justiciable lui demande d'écarter la loi, où seule l'argumentation tirée du droit conventionnel est opérante ; pour le référé, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont un contenu matériel le plus souvent identique à celui des principes constitutionnels et n'apportent donc rien de bien nouveau, si ce n'est dans la mesure, déjà évoquée, où le droit conventionnel a contribué à enrichir la jurisprudence constitutionnelle relative aux droits fondamentaux.

La seconde caractéristique de la jurisprudence sur le référé liberté m'amène à nuancer ce que je viens de dire. Tout en reconnaissant à la théorie des droits fondamentaux la part qui lui revient, le Conseil d'Etat s'attache à privilégier une approche essentiellement pragmatique.

A cet égard, on peut d'abord noter que ses décisions s'abstiennent le plus souvent, et délibérément, de justifier de manière explicite le rattachement de la liberté en cause à une norme supérieure à la loi, et encore moins à la notion de droits fondamentaux.

Il faut aussi souligner que cette approche pragmatique peut même le conduire parfois à s'écarter de cette notion, telle qu'elle est communément admise en doctrine. C'est ainsi que l'une des premières décisions qu'il a rendues lors de l'entrée en vigueur de la réforme du référé en 2001, dans une affaire *commune de Venelles*, juge que le principe de libre administration des collectivités locales est une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2. Or s'il est incontestable qu'il s'agit d'un principe énoncé par la Constitution, on pu estimer qu'il se rattache davantage à l'organisation politique et administrative de l'Etat qu'à la notion de liberté fondamentale, au sens où on l'entend généralement.

En définitive, on peut dire qu'avec les droits fondamentaux, on a affaire en quelque sorte à un produit d'importation qui a progressivement fait son chemin au sein du droit public français. Il est vrai que, si l'on met à part quelques décisions du Conseil constitutionnel, l'expression elle-même n'est pas employée par les juges – notamment pas par le Conseil d'Etat - et elle demeure absente des textes de droit interne. Mais qu'importe : elle est incontestablement présente en arrière-plan, en quelque sorte en

filigrane. Et finalement, quelles que puissent être les dénominations employées, l'essentiel n'est-il pas que les droits et libertés les plus importants bénéficient – je crois que c'est aujourd'hui le cas – d'une protection juridictionnelle effective ?