

UNIVERSITÉ DE LIMOGES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

**LES ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS
LES ACTES JURIDIQUES PRIVÉS**

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit de l'Université de Limoges

Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2001

par

Julien RAYNAUD

Directeur de recherche :

M. Eric GARAUD
Professeur à l'Université de Limoges

Membres du jury :

M. Philippe ARDANT
Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Jean MOULY
Professeur à l'Université de Limoges
Mme Catherine THIBIERGE
Professeur à l'Université d'Orléans
M. Bertrand FAGES
Professeur à l'Université de Paris XII

Première partie : Exigence d'un contrôle des actes juridiques au regard des droits fondamentaux

Titre 1: Les fondements de l'emprise des droits fondamentaux sur les actes juridiques

Chapitre I : Assujettissement vertical des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux.

Section 1° : Primauté des droits fondamentaux.

Section 2° : Effet direct des droits fondamentaux.

Chapitre II : Exposition horizontale des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux.

Section 1° : Justification de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

Section 2° : Admission de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

Titre 2: Les techniques de soumission des actes juridiques aux droits fondamentaux

Chapitre I : Défauts des approches dogmatiques.

Section 1° : L'impasse du caractère absolu des droits fondamentaux.

Section 2° : L'insuffisance du caractère d'ordre public des droits fondamentaux.

Chapitre II : Enseignements des approches pragmatiques.

Section 1° : Méthodes des juges administratif et constitutionnel.

Section 2° : Méthodes des juges européen et communautaire.

Seconde Partie: Mise en œuvre du contrôle des actes juridiques au regard des droits fondamentaux

Titre 1 : Les étapes du contrôle

Préliminaire : Le consentement à l'atteinte ?

Chapitre I : La justification de l'atteinte.

Section 1° : Exigence d'un intérêt légitime.

Section 2° : Exigence d'un intérêt réel.

Chapitre II : La proportionnalité de l'atteinte

Section 1° : Le caractère indispensable de l'atteinte.

Section 2° : Le caractère équilibré de l'atteinte.

Chapitre III : Le caractère non substantiel de l'atteinte.

Section 1° : Critères de l'atteinte substantielle.

Section 2° : Caractères de l'atteinte non substantielle

Titre 2 : Les suites du contrôle.

Chapitre I : Sanction de l'atteinte illicite.

Section 1° : La réduction de l'atteinte.

Section 2° : L'indemnisation de l'atteinte.

Section 3° : L'annulation de l'atteinte.

Chapitre II : Régime de l'atteinte licite.

Section 1° : La possibilité de révoquer le consentement à l'atteinte ?

Section 2° : L'obligation de respecter la justification de l'atteinte.

Principales abréviations utilisées.

AIJC : Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA : Actualité juridique, Droit administratif
AJPI : Actualité juridique de la propriété immobilière
AFDI : Annuaire français de droit international
Art. : article
Ass. Plé. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. : Bulletin
Cah. : cahier
CC : Conseil Constitutionnel
CDE : Cahiers de droit européen
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme
Cf. : se reporter à
Ch. : chambre
Chron. : chronique
Civ. : chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Com. : chambre commerciale de la Cour de cassation
Com. EDH : Commission européenne des droits de l'homme
Cont. Conc. Conso. : Contrats, concurrence, consommation
Contra : en sens contraire
Conv. : Convention
coord. : sous la coordination de
Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme
Crim. : chambre criminelle de la Cour de cassation
crit. : critique
CSBP : Cahiers sociaux du barreau de Paris
CSP : Code de la santé publique
D. : Dalloz
Def. : Defrénois
dir. : sous la direction de
Dr. : droit
DDH : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
éd. : édition
GP : Gazette du Palais
Ibid. : au même endroit
Infra : ci-dessous
IR : informations rapides
JCP : Semaine juridique
JDI : Journal de droit international
JT : Journal des tribunaux
LPA : Petites Affiches
Loc. cit. : à l'endroit cité
n. : note
Obs. : observations
Op. cit. : ouvrage précité
p : page

PFR : Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PPNT : Principe particulièrement nécessaire à notre temps
prés. : sous la présidence de
RBDI : Revue belge de droit international
RCJB : Revue critique de jurisprudence belge
RDI : Revue de droit immobilier
RDP : Revue de droit public
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
Rec. : Recueil
Rép. : Répertoire
Req. : chambre des Requetes
Rev. : revue
Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé
RF compt. : Revue française de comptabilité
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RGDIP : Revue générale de droit international public
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF : Revue juridique Personnes et famille
RSC : Revue de sciences criminelles
RTDCiv : Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom : Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH : Revue universelle des droits de l'homme
s : et suivantes
S. : Sirey
SC : sommaires commentés
Soc. : chambre sociale de la Cour de cassation
spéc. : spécialement
Supra : ci-dessus
t. : tome
TA : Tribunal administratif
TC : Tribunal des conflits
T. civ. : Tribunal civil
T. Com. : Tribunal de commerce
TGI : Tribunal de grande instance
Th. : Thèse
TI : Tribunal d'instance
TPI : Tribunal de première instance des Communautés européennes
V. : voir
Vol. : volume

INTRODUCTION

1- « Faire intervenir les droits fondamentaux dans les litiges entre particuliers, c'est bouleverser les bases mêmes du droit privé ». Cette mise en garde de M. Fromont ¹ devrait inciter à la plus grande prudence, dans un domaine il est vrai peu coutumier aux privatistes, car longtemps abandonné au droit public ². Il convient pourtant de dépasser cette première impression car il serait incompréhensible que toute une branche du droit reste imperméable à la promotion des droits fondamentaux, qui est à juste titre considérée comme « l'expression la plus manifeste du développement des systèmes juridiques depuis la seconde moitié du XX^e siècle »³. Les droits fondamentaux se situent en amont de toutes les disciplines, qui sont de la sorte "ensemencées" par ces droits ⁴. Le droit privé s'expose ainsi à leur rayonnement, pour ne pas dire à leur domination ⁵.

En droit public, la doctrine souligne l'érosion du caractère exorbitant du droit administratif ⁶ sous l'influence de droits fondamentaux comme le droit au respect de la vie familiale ou le droit au recours juridictionnel ⁷; des actes administratifs unilatéraux tels les arrêtés d'expulsion ou les sanctions disciplinaires sont ainsi soumis à de nouvelles conditions de légalité ⁸. Ne serait-il pas logique de souhaiter une attitude aussi vigoureuse du droit privé

¹ M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *in* Recueil d'études en l'honneur de Ch. Eisenmann, Cujas, 1975, p 49s, spéc. p 55.

² En ce sens : J. Carbonnier, Droit civil, Les personnes, PUF, 21^e éd. 2000, n^o 94. Cf. également G. Grammatikas, qui relève que la matière des libertés n'a été en général examinée « que par les philosophes et les publicistes » (Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique, LGDJ, 1971, n^o 45).

³ P.A. Molinari, La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique, *in* Mélanges J.-M. Auby, Dalloz, 1992, p 771s, spéc. p 772. Dans le même sens : M. Gauchet, Quand les droits de l'homme deviennent une politique, *Le Débat* 2000, n^o 110, p 258.

⁴ L. Favoreu (coord.), Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, 2000, p 13.

⁵ Cf. J. Foyer, Le droit civil dominé, *in* Etudes P. Catala, éd. Litec, 2001, p 13 : « l'idéologie des droits de l'homme, telle que la jurisprudence l'a traduite en règles juridiques, s'impose en droit civil, qui cesse d'être un droit libre (...) ».

⁶ V. en ce sens S. Braconnier, Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme pour le juge administratif, *RJCO* 9/1999 p 45s, spéc. p 53. Sur le sujet, v. également L. Sermet, L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, Th. Aix-Marseille III, 1994.

⁷ V. sur ce dernier point J.-F. Flauss, Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif, *LPA* 4-8-1989 p 26.

⁸ Cf. d'une part la jurisprudence *Belgacem* (CE, Ass., 19-4-1991, RFDA 91 p 502 concl. R. Abraham) sanctionnant la violation de l'article 8 de la CEDH, et d'autre part les arrêts *Marie* et *Hardouin* (CE 17-2-1995, Rec. p 82 concl. P. Frydman), ouvrant un recours juridictionnel contre des décisions portant atteinte à des droits ou libertés et considérées jusque là comme des mesures d'ordre intérieur.

lorsque des particuliers, dans leurs actes juridiques, ignorent ou lèsent des droits inhérents à toute société humaine ?

Dans un pays qui se glorifie d'être le berceau des droits de l'homme, l'atteinte portée à une liberté fondamentale suscite « une réaction épidermique »¹, même s'il convient pour le juriste de se méfier de tels jugements à l'emporte-pièce. Dès lors, il importe de savoir comment le droit privé doit traiter les actes juridiques qui portent atteinte aux droits fondamentaux, certains allant jusqu'à relever de manière assez emphatique que « l'une des principales et des plus stimulantes questions qui puissent aujourd'hui intéresser le moraliste ou le juriste est, à coup sûr, posée par la reviviscence de l'intérêt suscité par les droits de l'homme »². L'interrogation revêt au demeurant un intérêt réel et concret : comme l'a relevé le Doyen Cornu, « la question qui se pose au juge est souvent de savoir s'il convient de valider, dans les rapports privés, les limites que les actes juridiques apportent aux libertés civiles »³.

2- L'éventuelle admissibilité de telles atteintes ne doit pas surprendre. On sait par exemple qu'en droit pénal, les infractions peuvent être neutralisées par l'ordre supérieur, la légitime défense ou l'état de nécessité⁴. Or, « mises à part les atteintes à la sûreté de l'Etat, la plupart des délits ne sont pas autre chose que la violation d'un droit de l'homme »⁵. C'est bien la preuve que la lésion d'une liberté fondamentale peut être tolérée quand l'ordre social ne commande pas de réagir. De la même manière, la suspicion entourant un acte juridique privé attentatoire à un droit fondamental ne devra pas occulter la possible rédemption de cette stipulation. La première impression défavorable peut très bien être relativisée après examen⁶ ;

¹ X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, PUAM Economica, 1990, p 342. Pour J.-M. Verdier (Libertés et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge, D. 1988 chron. p 63), face à une atteinte aux libertés, « le sentiment est vif de la commission d'un acte grave ». Selon P. Roubier au contraire, « les masses populaires (...) demeurent indifférentes à la lésion du droit des autres » (L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, in Etudes G. Ripert, LGDJ, 1950, p 9s, spéc. p 22). Dans le même sens : J. Leclercq (Leçons de droit naturel, t. I, Le fondement du droit et de la société, éd. Wesmael, 3^e éd. 1947, n^o 33), pour qui la plupart des individus « ne discernent l'injustice que lorsqu'ils en sont victimes et, en réalité, ne sont pas mus par la justice ».

² P. Eyt, On n'en a pas fini avec le droit naturel, Nouvelle rev. théologique 1983 p 23.

³ G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 9^e éd. 1999, n^o 504.

⁴ Cl. Lombois, Droit pénal général, éd. Hachette, 1994, p 95s.

⁵ J. Rivero, Une éthique fondée sur le respect de l'Autre, in 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 179s, spéc. p 181. Parmi les intitulés des chapitres et sections du Code pénal, on retiendra par exemple les atteintes à la vie, à l'intégrité, aux libertés, à la dignité ou encore à la vie privée.

⁶ La doctrine a à cet égard unanimement critiqué une décision de la Cour de cassation qui, après avoir légitimement élargi le contrôle de la licéité des conditions d'octroi d'une prime à l'exigence du respect des droits fondamentaux, sanctionne une atteinte à la liberté de travail du salarié, sans envisager son éventuelle justification ou son caractère limité, qui aurait pu la rendre acceptable (Soc. 18-4-2000, D. 2001 p 263 n. J. Mouly ; *ibid.* SC p 821 obs. E. Lafuma ; Dr. social 2000 p 646 obs. Ch. Radé ; CSBP 7/2000, n^o A 33, obs. F.-J. Pansier).

il serait d'ailleurs excessif de combattre sans discernement tous les actes ayant une influence quelconque sur les libertés de l'individu.

S'agissant des critères permettant d'apprécier l'orthodoxie des atteintes aux droits fondamentaux, des réponses existent. Seulement, elles sont éparpillées : ici on traite des limitations à la liberté nuptiale ¹, là des atteintes à la liberté du travail ²... Parfois, les études sont réunies, mais dans un souci de clarté et de pédagogie, on en revient toujours à une classification par droit fondamental ³. Dans ces conditions, il est permis de réfléchir à une approche plus transversale susceptible de soumettre à des principes identiques l'ensemble des actes juridiques réalisant une atteinte aux libertés ⁴. L'objectif serait de rendre compte de façon homogène des outils maniés pour apprécier telle ou telle stipulation traditionnelle, mais aussi d'aborder de manière logique et ordonnée les atteintes inédites, qu'elles soient engendrées par les nouvelles technologies ⁵ ou les jeux télévisés venus de l'étranger ⁶.

3- Le champ d'investigation de cette étude de droit privé se limitera aux actes juridiques, ces actes dont la caractéristique réside dans la volonté normative de leur auteur. Certes, « dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort »⁷ ; l'acte juridique reste une réalité assez mystérieuse,

¹ A. Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, RTDC 1967 p 45 ; A. Bénabent, La liberté individuelle et le mariage, RTDC 1973 p 440 ; N. Coiret, La liberté du mariage au risque des pressions matérielles, RTDC 1985 p 63.

² G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives de la liberté du travail, Dr. social 1963 p 87 ; Cl. Champaud, Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler), RJCom 1986 p 161.

³ Cf. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 7^e éd. 2001.

⁴ On répondrait ainsi aux attentes d'une part de la doctrine. Ainsi O. de Schutter : « peut-être s'impose-t-il de développer des typologies, venant préciser dans le détail les critères à prendre en compte au moment d'apprécier la licéité des restrictions apportées aux droits fondamentaux » (Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens, Bruylant Bruxelles, 1999, p 13).

⁵ La régulation du réseau Internet doit ainsi respecter la liberté d'expression, tout en veillant à « la sauvegarde des droits fondamentaux » : Ch. Paul, Du droit et des libertés sur internet, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2001, p 32.

⁶ On fait notamment référence au concept Loft Story, au sujet duquel la presse indique précisément que « sur plusieurs points, le contrat signé par les participants porte atteinte à leurs droits fondamentaux » : Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 4. La doctrine est du même avis : v. D. Cohen et L. Gamet, Loft Story : le jeu-travail, Dr. social 2001 p 791.

⁷ J. Combacau, Ouverture, in L'acte juridique, Droits 1988, n° 7, p 3. Cf. ainsi P. Hébraud et R. Verdot (Répertoire civil, v° Acte, 1970, n° 20), qui sont conduits à classer des actes juridiques parmi les faits juridiques, ce qui montre bien la relativité de la distinction. On a parlé de « faiblesse définitive » du droit français sur le plan de la théorie générale de l'acte juridique : J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, 1971, n° 3.

une figure ésotérique¹. La distinction entre l'acte et le fait juridique n'en demeure pas moins classique. Le fait juridique produit des effets de droit parce que la loi a décidé d'attacher directement des conséquences juridiques à cet événement², alors même que le sujet agissant n'a pu avoir ou n'a nullement eu le dessein de se placer « sous l'empire du droit »³. Au contraire, l'acte juridique est une manifestation de volonté spécialement destinée à produire, organiser et délimiter des effets de droit⁴, et dont l'aboutissement réside dans la création, la modification ou l'extinction d'une règle de droit⁵. Sont ainsi visés les contrats, les actes juridiques collectifs, mais aussi les actes juridiques unilatéraux⁶ : testaments, offres de contracter⁷, sanctions disciplinaires⁸, licenciements⁹, règlements intérieurs¹⁰... Ce qui importera ici, c'est qu'ils aient pour cadre des relations juridiques privées¹¹. Il n'en reste pas

¹ P. Amssek, Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (essai de phénoménologie juridique), LGDJ, 1964, p 104. L'initiation du privatiste en la matière n'est pas facilitée par la nécessité de consulter « les immortels travaux du Doyen Léon Duguit et d'autres maîtres du droit public » (J. Hauser, *op. cit.*, n° 12).

² G. Durry, Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, *in* Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Turin, 4/7 juin 1962, Dalloz, 1965, p 611.

³ J. Bonnet, cité par N. Goma, Théorie des sources de l'obligation, LGDJ, 1968, p 200. Dans le cas d'une opération matérielle volontaire, la manifestation de volonté n'a porté que sur la réalisation d'un fait (P. Delvolvé, L'acte administratif, éd. Sirey, 1983, n° 7).

⁴ Beudant et Lerebours-Pigeonnière insistent essentiellement sur ce pouvoir particulier de la volonté « de produire et de délimiter » un résultat juridique (Cours de droit civil français, t. 8, 2^e éd. 1936, n° 14).

⁵ J. Combacau, *op. cit.*, p 6. L'acte juridique est « moins le contraire du fait juridique qu'une espèce particulière de fait juridique » : les actes juridiques sont, parmi les faits juridiques, ceux où la volonté tient, dans la perspective de la production d'effets de droit, une place plus importante qu'ailleurs (F. Terré, Sur la sociologie juridique du contrat, Arch. phil. droit 1968, t. XIII, p 71s, spéc. p 73).

⁶ V. en particulier E. Dockès, L'engagement unilatéral de l'employeur, Dr. social 1994 p 227s, spéc. p 236, qui précise que l'engagement unilatéral (en particulier l'usage) est un type de norme. Sur le sujet, cf. M. Véricel, Sur le pouvoir normateur de l'employeur, Dr. social 1991 p 120.

⁷ J. Carbonnier, Droit civil, les obligations, PUF Thémis, 21^e éd. 1998, n° 28. Pour être qualifiée d'acte juridique, une offre doit cependant être adressée à personne déterminée et assortie d'un délai : J.-L. Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, 1970, n° 165 et 188. Cet auteur préfère alors parler de sollicitation.

⁸ R.E. de Munagorri, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996, n° 66s.

⁹ J. Martin de la Motte, L'acte juridique unilatéral, essai sur la notion et sa technique en droit civil, Sirey, 1952, n° 258 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, A. Colin, 9^e éd. 2000, n° 490. L'abolition d'un rapport d'obligations modifie les éléments de l'ordre juridique ; les opérations d'annulation, de résiliation..., constituent bien des actes juridiques (v. en ce sens Ch. Eisenmann, Cours de droit administratif, t. I, LGDJ, p 373 et 377).

¹⁰ Le règlement intérieur d'une entreprise privée est un acte juridique privé, nonobstant le contrôle de légalité dévolu à l'inspecteur du travail : Soc 25-9-1991, Dr. social 92 p 24 n. J. Savatier ; Soc 16-12-1992, Dr. social 93 p 267 n. A. Jeammaud.

¹¹ Si le champ d'application de cette étude de droit privé est ainsi délimité, il n'exclura aucunement les rapprochements nécessaires à nos yeux avec les rapports de droit public (v. notamment n° 138s).

moins que l'ensemble décrit peut apparaître assez hétéroclite : il est difficile de mettre sur le même plan une clause litigieuse insérée dans un acte globalement irréprochable, et un acte dont l'objet même heurte les droits fondamentaux. Néanmoins, c'est précisément sur ce dernier point que se réalisera l'unité des situations envisagées : dans tous les cas, l'acte juridique en question atteint une liberté essentielle.

4- La notion d'atteinte exprime l'idée d'une action dirigée contre quelque chose par des moyens divers et définit également le résultat préjudiciable de cette action ¹. L'idée est donc celle d'une restriction apportée à une prérogative, voire d'une spoliation. Constitue une atteinte tout ce qui entrave ou pénalise l'exercice d'un droit ². Ces premières indications font clairement de la notion quelque chose de nocif, ce qui s'avère toutefois réducteur car une atteinte peut très bien être jugée conforme au droit. Lorsque ce sont des libertés fondamentales qui sont heurtées, il est également possible de distinguer plusieurs types d'atteintes, même si la classification ainsi opérée ne doit pas occulter l'entreprise consistant à les soumettre à un régime unique.

Tout d'abord, l'acte juridique peut réaliser par lui-même l'atteinte au droit fondamental considéré. Il en est l'origine et la manifestation. L'exemple le plus caractéristique est sans doute la révocation d'un dirigeant, ou l'exclusion d'un membre d'un groupement, sans qu'ils aient été mis en mesure de faire valoir leur défense ³ ; l'atteinte au principe du contradictoire, au respect de la dignité humaine diront certains ⁴, revêt un caractère instantané, elle se confond avec l'acte.

Dans d'autres circonstances, l'acte juridique porte indirectement atteinte à un droit fondamental dans la mesure où il en sanctionne l'exercice. Faire produire des conséquences négatives à la mise en œuvre d'une liberté, cela est loin d'en assurer la promotion. La sanction de l'exercice du droit fondamental est alors le plus souvent le fruit d'un acte juridique unilatéral qui va créer un précédent et intimider les membres du groupe qui peuvent faire

¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd. 2000. Comme exemple d'emploi du terme "atteinte", *Le Petit Larousse* (éd. 1996) cite "atteinte à la liberté".

² C'est là une définition possible de l'ingérence au sens européen du terme : G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p 76. Cette définition large vise à appréhender le maximum d'atteintes, même celles qui ne s'imposent pas à l'esprit avec la force de l'évidence. Ex : la clause résolutoire d'un contrat de crédit qui prévoit la déchéance du terme si l'emprunteur quitte le territoire français, est de nature à restreindre la liberté d'aller et de venir protégée par des textes internationaux (TI Niort 16-12-1998, *Finaref c/ Lamade*).

³ V. s'agissant de l'exclusion d'un coopérateur, Reims 17-10-1977, *Rev. des sociétés* 78 p 487 : la personne doit être entendue ou au moins convoquée, « cette exigence résulte des règles générales sur les droits de la défense ».

⁴ Cf. J.-F. Barbièri, *La révocation des dirigeants sociaux pour la liberté statutaire !*, *Cahiers droit de l'entreprise* 2001, n° 3, p 5. Sur le sujet en général : P. Le Cannu, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, *Bull. Joly* 1996 p 11

l'objet d'une mesure comparable. On pense à l'hypothèse où un employeur licencie un de ses salariés pour avoir contracté mariage avec une employée de son principal concurrent ou adhéré à un parti politique dont les idées sont opposées aux siennes ¹.

Une dernière série d'hypothèses regroupe tous les actes juridiques qui préparent la réalisation ultérieure d'une atteinte à un droit fondamental. En général, ce sont des stipulations contractuelles qui, ouvertement, en pleine transparence, organisent les conditions d'une atteinte devant se produire dans un futur plus ou moins proche, et ce en vue de la rendre moins suspecte lors de sa survenance. Cette conduite procède de l'idée selon laquelle des pratiques deviendraient acceptables du fait même de leur mise à nu, censée produire un effet légitimant ². Les illustrations sont très nombreuses : un contrat d'expérimentation médicale par lequel un "cobaye" va accepter par avance une atteinte à l'intégrité de son corps, une clause de résidence forcée frappant un fonds et incitant le légataire à mettre entre parenthèses sa liberté d'habiter où il le souhaite, une clause de célibat... Bref, les relations contractuelles peuvent constituer « un bouillon de culture d'innombrables atteintes » aux droits fondamentaux ³.

1.) Notion de droits fondamentaux.

5- Sa définition était apparue « insoluble » au Doyen Colliard ⁴. De même, pour le Doyen Madiot, « la notion de droits fondamentaux, énervante pour le juriste parce que fuyante et mouvante, porte en elle quelque chose de "magique" qui défie les critères de l'analyse juridique »⁵. Il est vrai qu'elle est empreinte d'une charge émotive qui semble défier toute rigueur ; aussi brandit-on souvent l'incertitude de la notion, qui ne serait définie nulle part ⁶. Il faut dire qu'elle est relativement nouvelle. En témoigne cette confession de M.

¹ Sur cette dernière hypothèse, v. Com. EDH 8-3-1985, Van Der Heijden c/ Pays-Bas, DR 41 p 264 : un salarié est licencié en raison de ses activités politiques, et la Commission européenne des droits de l'homme relève que cela n'en constitue pas moins une **restriction** aux libertés d'expression et d'association « dans la mesure où la résiliation du contrat du requérant découle de leur exercice ».

² Cf. E. Garaud, La transparence en matière commerciale, Th. Limoges, 1995, n° 310 ; G. Horsmans, Transparence et légitimité, RDAI 1991 p 659.

³ F. Rigaux, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 687.

⁴ Cl. A. Colliard, La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire, in 7° congrès international de droit européen, Bruxelles, 2 au 4-10-1975. Cf. le compte rendu de M. Melchior, CDE 1976 p 468.

⁵ Y. Madiot, Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, in La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15-5-1992, PUF, 1993, p 35s, spéc. p 58.

⁶ Attitude décrite par J. Robert, La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, bilan et réformes, in Les nouveaux enjeux des droits de l'homme, colloque de Stockholm des 20 et 21-4-1989, RDP

Rivero : « aux temps, lointains peut-être, mais enfin pas encore préhistoriques, où je faisais mes études de droit, personne ne m'a jamais parlé de l'existence de droits fondamentaux »¹. Aujourd'hui le concept est incontestablement entré dans nos mœurs juridiques. On doit sa promotion au contexte international postérieur à la seconde guerre mondiale. A cet égard, il ne faut d'ailleurs pas inverser le phénomène : en amont est apparue dans la conscience collective une convergence de fait, que la conclusion d'instruments juridiques, suscitée par cet émergence, n'a fait que relayer et renforcer².

6- Dans le préambule de la charte du 26 juin 1945, en réaction aux atrocités perpétrées pendant le second conflit mondial, les peuples des Nations Unies affirment leur foi « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine »³. Le 23 mai 1949, la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne est adoptée, et son titre I consacre "die Grundrechte", c'est-à-dire les droits fondamentaux. A Rome, le 4 novembre 1950, est signée la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), intitulé qui apparaît comme la formulation développée des droits fondamentaux⁴. Il semble en effet qu'en la matière il ne faille pas attacher une importance démesurée à la distinction entre droits et libertés, le terme de droits englobant celui de libertés⁵.

1990 p 1247. Cf. également J. Favard, Le labyrinthe des droits fondamentaux, Dr. social 1999 p 215, pour qui la notion est « insaisissable ». En droit international public, on souligne que la notion est « sans signification généralement acceptée » : Cl. Rucz, Les mesures unilatérales de protection des droits de l'homme devant l'Institut de droit international, AFDI 1992 p 579s, spéc. p 588.

¹ J. Rivero, Rapport de synthèse, in Cours Constitutionnelles et droits fondamentaux, Actes du II^o colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM Economica, 1982, p 515.

² F. Rigaux, La loi des juges, éd. O. Jacob, 1997, p 159.

³ H. Perret, La personne humaine dans l'ordre du droit, in Mélanges J. Brèthe de La Gressaye, éd. Bière, 1967, p 589s, spéc. p 592. V. aussi J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), La Charte des Nations Unies, commentaire article par article, Economica, 2^o éd. 1991.

⁴ V. Cour EDH 23-7-1968, Affaire linguistique belge, § 5 : le but que les Parties contractantes se sont proposées d'atteindre est « une protection efficace des droits fondamentaux de l'homme ». Pour une utilisation de l'expression "droits fondamentaux" comme raccourci de "droits de l'homme et libertés fondamentales" : K. Lenaerts, Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne, in Mélanges M. Waelbroeck, Bruylant Bruxelles, 1999, p 423.

⁵ F. Luchaire, Les fondements constitutionnels du droit civil, RTDC 1982 p 245s, spéc. p 250 : « la *liberté* d'association c'est le *droit* de former une association » (on peut relire Montesquieu : « la *liberté* est le *droit* de faire tout ce que les lois permettent » : De l'Esprit des Lois, Livre XI, chapitre III, in Œuvres complètes, éd. du Seuil, 1964, p 586). De même, la *liberté* de la vie privée est contenue dans le *droit* au respect de la vie privée : P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée, Economica, 3^o éd. 1995, n^o 6s. Selon J. Stoufflet (Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité, JCP 1957, I, 1374), la différence entre droit et liberté est peut-être surtout verbale. Cf. également B. Genevois, n. sous CC 22-1-1990, RFDA 90 p 406s, spéc. p 414, qui trouve quelque peu tautologique l'expression "libertés et droits fondamentaux", dès lors que **les libertés font partie intégrante des droits fondamentaux**. On relèvera aussi que selon l'art. 2 de la Déclaration de 1789, la *liberté* est un *droit* de l'homme.

A la faveur de cet engouement international, l'expression "droit fondamental" a gagné du terrain pour se retrouver sous la plume des juges, qui ont pris l'habitude de l'utiliser dans des contextes différents de celui ayant présidé à son émergence. Ainsi, dans la célèbre affaire *Epoux Barbier contre Air France*, la Cour d'appel de Paris énonce « qu'à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité »¹. La même juridiction a pu apprécier l'opportunité de la saisie d'un pamphlet au regard de la liberté d'expression et du « respect des droits fondamentaux de la personne »². Certains estiment que cette utilisation du terme procède parfois « d'une simple rhétorique judiciaire », n'ajoutant rien à ce qui aurait été jugé sans y recourir³. Elle témoigne en tout cas du succès de la notion, dont il faut préciser la signification.

7- Les études sur la question ne manquent pas⁴, mais elles l'envisagent le plus souvent sous un angle publiciste⁵, approche parfaitement justifiée au demeurant puisque le concept a trouvé grâce aux yeux du Conseil Constitutionnel. Celui-ci voit manifestement dans l'adjectif fondamental un allié sérieux, un outil précieux car multifonctionnel. Il peut servir à justifier ou appuyer le caractère constitutionnel d'un droit⁶. Parfois, il permettra de ménager au droit nanti du qualificatif un statut privilégié au sein des normes de valeur constitutionnelle, de façon à restreindre les possibilités d'action du législateur⁷. Enfin, lorsque le Conseil emploie

¹ Paris 30-4-1963, D. 63 p 428 n. A. Rouast. On relèvera que la possible licéité de la clause est expressément réservée (« à moins de raisons impérieuses évidentes »).

² Paris 26-2-1989, B. Tapie c/ J.-E. Hallier, GP 89, I, p 221.

³ A. Sériaux, L. Sermet, D. Viriot-Barrial, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, n° 234. Parfois au contraire, l'emploi de la notion revêt une grande importance, comme pour la définition de la voie de fait. Par exemple, TC 25-11-1963, Commune de Saint-Just Chaleyssin, Epoux Pelé (deux espèces), JCP 64 II 13493, n. J. M. Auby : « la voie de fait peut consister non seulement dans l'atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique fondamentale, mais également dans celle portée à des droits fondamentaux ou essentiels ».

⁴ E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA 7-8/1998 spécial, p 6 ; M.-L. Pavia, *Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental*, LPA 6-5-1994 p 6 ; F. Terré, *Sur la notion de droits et libertés fondamentaux*, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 6° éd. 2000, n° 1s.

⁵ J.-F. Lachaume, *Droits fondamentaux et droit administratif*, AJDA 7-8/ 1998, p 92 ; V. Champeil-Desplats, *La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français*, D. 1995, chron. p 323. Un auteur privatiste a d'ailleurs estimé que les droits fondamentaux ne constituaient pas « le cœur d'une étude de droit privé » : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 63.

⁶ CC 16-1-1982, Loi de nationalisation (cons. 16), RDP 82 p 377 obs. L. Favoreu.

⁷ CC 10 et 11-10-1984, Entreprises de presse (cons. 37), RDP 86 p 395 obs. L. Favoreu. En présence d'une liberté fondamentale, le législateur semble devoir compter avec trois impératifs : ne pas la soumettre à un régime d'autorisation préalable, ne pas la réserver aux nationaux, et enfin ne pas en modifier le régime au profit de conditions moins favorables (jurisprudence dite du cliquet).

la formule « droit fondamental à caractère constitutionnel »¹, il semble vouloir indiquer qu'il existe des droits fondamentaux qui n'ont pas cette valeur, mais par exemple un rang supranational². Il faut noter que les plus hautes juridictions de droit privé se plaisent parfois à utiliser la formule du Conseil : la première Chambre civile de la Cour de cassation énonce que « le droit de propriété est un droit fondamental, de valeur constitutionnelle » ; l'Assemblée Plénière retient que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel »³. Au-delà de ces emprunts, qui œuvrent d'ailleurs pour l'uniformité du système juridique, il faut prendre parti sur le sens de l'appellation "droits fondamentaux".

8- Il est certain que s'agissant du contenu, ces droits « ne représentent rien de très nouveau » et ne sont que « le nom à la mode de droits dont nous jouissons en fait depuis longtemps »⁴. Ce qui semble en revanche constituer l'originalité de la notion, c'est son champ d'application : alors que les termes de droits de l'homme, de libertés publiques, renvoient à des rapports de droit public et ont de ce fait du mal à se propager dans les relations entre particuliers, les droits fondamentaux se voient reconnaître qualité à investir le droit privé⁵. Est-ce à dire qu'avant le succès de la notion, les droits les plus élémentaires étaient systématiquement violés dans les actes juridiques privés ? Evidemment non. Tandis que les juridictions utilisaient les concepts familiers d'ordre public, de cause ou encore d'objet, la doctrine s'appuyait sur différentes classifications : droits subjectifs, libertés civiles, droits de la personnalité... Il faut en dire quelques mots.

A défaut d'utiliser l'expression de droits fondamentaux, celle de *droits de l'homme* aurait pu être mise en avant⁶. Le lien trop étroit de ceux-ci avec le courant jusnaturaliste¹

¹ CC 13-8-1993, Maîtrise de l'immigration (cons. 3), Rec. p 224. Cf. J. Favre et B. Tardivel, Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », RDP 2000 p 1411.

² V. en ce sens E. Picard, art. précité, p 13.

³ Respectivement Civ 1^o 4-1-1995, D. 95 SC p 328, obs. M. Grimaldi, RTDC 96 p 932 obs. F. Zénati ; Ass. Plé. 30-6-1995, D. 95 p 513, concl. M. Jéol, n. R. Drago.

⁴ E. Picard, art. précité, p 6.

⁵ N. Molfessis, Les droits de la défense, "droit fondamental à caractère constitutionnel", Justices 1995, 1, p 201s ; L. Collet, La notion de droit extrapatrimonial, th. Lille 1992, n^o 328. Cf. également J. Carbonnier, Droit civil, les personnes, PUF Thémis, 20^e éd. 1996, n^o 82 : « c'est exclusivement dans les rapports entre particuliers que joue la théorie civiliste des droits fondamentaux de la personne humaine » (dans la 21^e éd. 2000, l'expression « droits fondamentaux de la personne humaine » a cependant été remplacée par « attributs de la personne physique »).

⁶ Le mouvement d'émergence et d'affirmation des droits fondamentaux correspond d'abord à celui des droits de l'homme, « dont ils constituent la juridicisation la plus achevée » : L. Favoreu (coord.), Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, 2000, n^o 2 et 56s.

suscite cependant chez certains des réactions idéologiques ². Surtout, les droits de l'homme représentent plus un idéal à atteindre qu'une réalité positive : ils sont moins des attributs congénitaux que des fins à poursuivre et des exigences auxquelles l'ordre social doit tendre à satisfaire ³. Cela explique en grande partie le succès de la notion de *libertés publiques*, qui renvoie elle à des droits effectifs, aménagés et protégés par les pouvoirs publics ⁴. Si cette appellation est plus satisfaisante, on y voit pourtant désormais une « vieille expression »⁵. Surtout, les privatistes y sont réfractaires car soucieux de manier des concepts qui leur sont propres ⁶. De façon purement formelle, a alors été dégagée la notion de *libertés civiles* ⁷, mais celle-ci ne s'est guère « acclimatée dans notre droit »⁸. Il faut dire que le terme ne convient pas parfaitement pour désigner certains droits que les juridictions de l'ordre judiciaire ont en charge de protéger : droit au respect de la vie privée, de l'intégrité physique, droit au nom... C'est là une des raisons du succès de la notion de *droits subjectifs*.

¹ Ce lien peut toutefois être relativisé dans la mesure où les droits de l'homme issus de la Déclaration de 1789 ont été conquis de haute lutte et « ne tombèrent pas du ciel à la manière des météorites du droit naturel » (v. sur ce point J. Bouveresse, Rapport de synthèse : des droits, quels droits ?, in G. Lebreton (dir.), L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998, éd. L'Harmattan, 2000, p237s, spéc. p 247).

² Notamment M. Villey, Le droit et les droits de l'homme, PUF 1^o éd. 1983. Pour cet auteur, les droits de l'homme constituent « l'hérésie majeure du XX^e siècle », la déification de l'homme étant une absurdité (cité par Y. Lequette, in n. sous Paris 14-6-1994, Rev. crit. DIP 95 p 308s). Le droit naturel est toujours prétexte à controverses, sans doute souvent car les auteurs se prononcent sur deux idées différentes : d'une part l'existence d'une morale universelle, d'autre part l'idée que le droit positif devrait être lié à un principe de limitation dérivé de cette morale (sur cette distinction, v. F. Ewald, L'Etat providence, Grasset, 1986, p 38).

³ L. Husson, Droits de l'homme et droits subjectifs, une confrontation nécessaire, Arch. phil. droit 1981, t. 26, p 345s, spéc. p 359. Peu opératoire, la notion de droits de l'homme « souffre avant tout de n'être finalement qu'une idée » : J. Pini, in L. Favoreu (coord.), *op. cit.*, n^o 3 et 55.

⁴ J. Rivero, Les libertés publiques, les droits de l'homme, PUF Thémis, 8^o éd. 1997, p 21. Sur la notion, v. également O. Dord, Libertés publiques ou droits fondamentaux ?, Cahiers français 5/6-2000 p 11.

⁵ F. Moderne, La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne, in Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999. Cf. aussi J. Morange, La crise de la notion de liberté publique, in Mélanges R. Drago, éd. Economica, 1996, p 101. Certains restent favorables à la notion : G. Lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, éd. A. Colin, 4^o éd. 1999, p 14.

⁶ En particulier, on a pu décrire le juge judiciaire comme « plutôt mal à l'aise en face d'une notion qui lui paraît appartenir au droit public » : Ph. Ardant, Les libertés du citoyen dans l'entreprise, introduction au débat, in L'entreprise et les libertés publiques, colloque Nanterre des 20/1-11-1981, Dr. social 82 p 428s, spéc. p 431. S'agissant de la doctrine de droit privé, il s'agit surtout d'une manifestation d'autonomie.

⁷ Le concept semble assez rousseauiste car il renvoie à la liberté du citoyen qui, par le *contrat social*, a échangé sa liberté naturelle contre une liberté civile garantie par la loi : R. Lefebvre, Le droit, la justice, la force, éd. Ellipses, 1995, p 26. On s'accorde cependant à distinguer les libertés civiles (rayonnant en droit privé) et les libertés politiques (s'exprimant en principe dans les relations avec l'Etat); v. ainsi J. Chevallier, L'état de droit, Montchrestien, 2^o éd. 1994, p 115.

⁸ A. Benet, Analyse critique du "droit" au respect de la vie privée, contribution à l'étude des libertés civiles, Th. Paris II, 1985, p 262.

Ces derniers ont un contenu beaucoup plus déterminé que les libertés civiles ¹, ce qui facilite leur sauvegarde par le juge. « Intérêt juridiquement protégé » selon Jhering, un droit subjectif est une prérogative concédée à un individu par le droit objectif, protégée par une action en justice, et qui lui permet de se comporter en maître ². Lorsque l'objet de cette prérogative est un élément de la personnalité du sujet, caractéristique de son individualité physique ou intellectuelle, on parle de bien de la personnalité ³. Se dégage ainsi la catégorie des droits de la personnalité qui, protégeant des intérêts moraux ⁴, constituent la branche extrapatrimoniaire des droits subjectifs ⁵.

A dire vrai, toutes ces subtiles distinctions ne font pas l'unanimité, chaque auteur proposant sa propre théorie, qui s'agence souvent mal avec celles des autres. Dans ces conditions, l'appellation droits fondamentaux, décalque des *fundamental rights* anglo-saxons⁶, pourrait bien être celle qui fédère tous les points de vue ⁷, rendant dépassées toutes les controverses. On voit en elle une expression « très fructueuse », du fait de son caractère

¹ P. Kayser, *op. cit.*, n° 362. Néanmoins, « le terme de droit subjectif est un de ces vocables dont les juristes bien élevés ont l'élégance de s'abstenir, parce qu'il est aussi obscur qu'il dénote une prétention suspecte à la philosophie » : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Cours d'histoire de la philosophie du droit, éd. Montchrestien, 4^e éd. 1975, p 225.

² J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p 103. Moins spécifiquement, c'est un droit que possède l'individu en propre et comme tel : A.-J. Arnaud, *Le concept de droits de l'homme, jalons pour la compréhension d'un glissement progressif*, in M. Delmas-Marty, *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne*, Puf, 1992, p 169.

³ F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 541. Les théologiens espagnols du XVI^e siècle analysaient déjà « la vie, l'intégrité corporelle, la tranquillité spirituelle, l'honneur et la réputation comme des biens intrinsèques de la personne » : A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n° 32.

⁴ P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTDC 1971 p 445s, spéc. p 492.

⁵ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, éd. Dalloz, 1963, p 138. Certains droits de la personnalité donnent cependant naissance à des droits patrimoniaux, par exemple « pour le petit nombre de personnes notoires qui ont la possibilité de subordonner la divulgation de leur vie privée à une contrepartie pécuniaire » : P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, *op. cit.*, n° 182-1. Dans ce cas, l'expression "biens de la personnalité" est particulièrement adaptée car elle permet de prendre en compte le fait que les attributs de la personne ne sont pas exclus du champ économique : G. Jeannot-Pagès, *L'image du sportif en droit français*, Th. Limoges, 1996, p 213.

⁶ On pourra se féliciter de cet alignement du vocabulaire juridique français « sur celui de ses plus proches voisins, au moment où il convient de trouver des concepts transnationaux opératoires » : M.-L. Pavia, art. précité.

⁷ Au cas particulier, on a néanmoins pu s'opposer à « la dégradation des droits de l'homme », normes morales à validité universelle, « au rang de simples droits fondamentaux », propres à un système juridique déterminé : O. Höffe, cité par J. Habermas, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Galimard, 1997, p 486. Cf. également P. Fraiseix, qui voit dans la consécration contemporaine des droits fondamentaux « une remise en cause inquiétante » des droits de l'homme tels qu'ils ont prévalu pendant deux siècles en France (*Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?*, RDP 2001 p 531s, spéc. p 541).

général ¹, pour ne pas dire « plastique »². Cependant, le problème n'est-il pas simplement déplacé dès lors que surgit inévitablement la question des sources des droits fondamentaux ?

2.) Sources des droits fondamentaux.

9- On s'accorde à considérer que « les droits fondamentaux sont garantis en vertu non seulement de la loi mais surtout de la Constitution ou des textes internationaux ou supranationaux »³. Cette triple source est maniée par la jurisprudence : en 1990, le Tribunal d'instance de Périgueux relève que l'intimité de la vie privée et la liberté individuelle « sont garanties par l'article 9 du Code Civil, par les articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et par l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme »⁴. Au-delà de l'effet d'accumulation, cet exemple montre que la source constitutionnelle doit être comprise comme désignant l'ensemble des normes protectrices du bloc de constitutionnalité ⁵ et que la source internationale sera le plus souvent la CEDH (complétée par ses Protocoles). Cette double action ne saurait surprendre à l'heure où les différentes branches du droit, et singulièrement le droit privé, sont soumises simultanément un processus de constitutionnalisation ⁶ et d'eupéanisation ⁷.

¹ P. Lavigne, *in* Encyclopædia Universalis, corpus 7, 1993, V° Droits de l'homme, droits politiques et sociaux, p 713.

² F. Zampini, La CJCE gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire", RTDE 1999 p 659s, spéc. p 668. Certains y voient au contraire un « concept douteux » qui, s'ajoutant aux notions voisines (droits subjectifs, libertés publiques...), « n'arrange rien » : F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, éd. Dalloz, 6^e éd. 1996, n°4.

³ L. Favoreu, Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, *in* L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref, 1994, p 48.

⁴ TI Périgueux 12-10-1990, Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine 1/91 p 116 n. V.-L. Terneyre ; Juris-Data n° 052203.

⁵ Ce dernier comprend, outre le texte de la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH) du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (qui énonce les principes particulièrement nécessaires à notre temps -PPNT-, et mentionne la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République -PFRLR ou encore PFR -), et les éventuels principes non écrits dégagés par le Conseil Constitutionnel. Les lois organiques y sont également incorporées même si dans la perspective qui nous retient, elles ne constituent pas un vivier de droits fondamentaux.

⁶ Cf. S. Mouton, *La constitutionnalisation du droit*, Th. Toulouse I, 1998. L'emprise du droit constitutionnel (tel qu'il émane des décisions du Conseil constitutionnel) sur le droit privé est encore souvent et volontairement sous-estimée : on a parlé de « coup d'épée dans l'eau » en raison du « peu de voisinage entre les deux disciplines » (Ph. Jestaz, *Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *in* G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, colloque Rennes 20/1-9-1996, Economica, 1999, p 3).

⁷ L'eupéanisation du droit privé est due aux interprétations de la CEDH délivrées par la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à l'action normative des Communautés européennes : v. F. Werro, *La*

Au sein du vivier des droits fondamentaux, les principes constitutionnels occuperaient la place privilégiée selon les constitutionnalistes ¹. Il est vrai que cette source semble toujours citée, ce qui n'est pas le cas des deux autres, traités et loi.

Ainsi, l'article 8 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) paraît lacunaire puisqu'il omet la source internationale : « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux *qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi.* » Pourtant ce texte est à l'abri de toute critique : on ne saurait reprocher à l'Assemblée Générale des Nations Unies de ne pas avoir anticipé, le 10 Décembre 1948, l'adoption des deux Pactes Internationaux du 16 décembre 1966 ! Plus sérieusement, et sans faire preuve de légicentrisme, il faut remarquer que c'est principalement la source législative des droits fondamentaux qui est le plus souvent écartée ². Certains textes communautaires en témoignent.

Dans leur déclaration commune de Luxembourg du 5 Avril 1977 sur la sauvegarde des droits fondamentaux, l'Assemblée, le Conseil et la Commission soulignent l'importance qu'ils attachent au respect de ces droits *tels qu'ils résultent notamment des Constitutions des Etats membres ainsi que de la CEDH* ³. L'article F. 2 du Traité de Maastricht sur l'Union Européenne du 7 Février 1992 va dans le même sens, l'hypothèse d'une source législative étant d'autant plus écartée que l'adverbe "notamment" disparaît ⁴. Le préambule de l'Acte Unique Européen, entré en vigueur le 1^{er} Juillet 1987, évoque au contraire « les droits

dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, *in* F. Werro (dir.), L'Européanisation du droit privé, vers un code civil européen ?, éd. Fribourg Suisse, 1998, p 3. Pour l'instant, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (18 décembre 2000) doit être considérée comme ayant une portée politique et non juridique, faute d'intégration dans les traités communautaires (A. Gruber, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique, LPA 22-1-2001 ; N. Fontaine, La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits des citoyens de l'Union européenne, Dr. et patrimoine 4/2001 p 28).

¹ C. Grewe et H. Ruiz Fabri, Droits constitutionnels européens, PUF, 1995, n° 109. Cf. également S. Defix (Le concept de droits fondamentaux, contribution à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux, Th. Clermont-Ferrand I, 1999), pour qui « l'expression droits fondamentaux peut parfaitement être restreinte au constitutionnel » (p 78), les textes internationaux ne constituant qu'une source supplétive (p 113). Encore plus catégoriques : J. Favre et B. Tardivel, article précité, pour qui il ne semble pas y avoir de droits fondamentaux hors de la sphère de constitutionnalité. Selon I. Meyrat (Droits fondamentaux et droit du travail, Th. Paris X, 1998, p 13), les droits fondamentaux sont inséparables de la Constitution.

² Ainsi pour J.-F. Lachaume (art. précité, p 93), le support juridique d'un droit fondamental est un traité international ou un texte de valeur constitutionnelle.

³ M. Darmon, La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de Justice des Communautés Européennes, RSC 1995 p 23s, spéc. p 31.

⁴ Le Traité d'Amsterdam n'a pas modifié cette disposition (devenue l'art. 6 du Traité sur l'Union européenne dans sa version consolidée) : l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (...).

fondamentaux reconnus dans les Constitutions *et lois* des Etats membres », dans la CEDH ¹ et dans la Charte sociale européenne.

10- Convient-il de défendre la source législative des droits fondamentaux ? L'hésitation est permise. Ainsi, lorsque le Conseil Constitutionnel retient que les principes énoncés par les lois qui lui sont soumises, en particulier ceux de la primauté de la personne, de l'inviolabilité et de l'intégrité du corps humain, « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », et qu'il distingue soigneusement ces principes législatifs des « normes à valeur constitutionnelle applicables »², il paraît logique de considérer que lesdits principes n'ont pas en eux-mêmes valeur constitutionnelle ³. Pourtant, ils doivent sûrement être sauvegardés, et ce même contre l'action du législateur ⁴.

La reconnaissance de l'aptitude de la loi à contenir des droits fondamentaux répond par ailleurs à un intérêt pratique évident : cette source, la plus abordable semble-t-il pour les particuliers, devrait permettre d'assurer un plus grand respect des libertés essentielles. Cet avantage a notamment été mis en lumière lors de la discussion de la loi Auroux sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise ⁵, où l'une des questions était de savoir s'il fallait expliciter, dans la loi, ce qui figurait déjà en substance dans la Constitution. Une réponse positive s'imposa, soutenue par un argument pragmatique : « si dans chaque bureau de chef d'entreprise se trouve un Code du Travail, il ne s'y trouve pas un texte de la Constitution »⁶.

Un argument tourné vers le juge peut également être avancé. Ce dernier, ne serait-ce que par réflexe ou tradition, sanctionnera plus volontiers un acte juridique en se fondant sur la loi que sur la Constitution ou la CEDH ; d'où les vertus d'un relais législatif. Faut-il aller plus loin et prendre servilement acte d'une consécration législative d'un droit fondamental ? Ou

¹ V. également en ce sens la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (JOCE n° L 281 du 23-11-1995), dont le considérant 1^{er} rappelle qu'un des objectifs de la Communauté est de promouvoir la démocratie en se fondant sur « les droits fondamentaux » reconnus dans les Constitutions et les lois des Etats membres, ainsi que dans la CEDH.

² CC 27-7-1994, Bioéthique, (cons. 18 et 19), RFDC 94 p 799 n. L. Favoreu.

³ En ce sens : B. Mathieu, Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, à propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, RFDA 1994 p 1019 ; L. Favoreu (coord.), Droit des libertés fondamentales, *op. cit.*, n° 210.

⁴ J.-J. Israel, Droit des libertés fondamentales, LGDJ, 1998, p 369. Cf. également L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, éd. Dalloz, 10^e éd. 1999, p 892, qui indiquent que le législateur ne peut abroger ces principes sans les remplacer par des garanties équivalentes.

⁵ L. n° 82-689 du 4-8-1982. V. le commentaire de B. Teyssié, Les libertés des travailleurs dans l'entreprise, JCP éd. CI, 1983, II, 14017. Egalement P. Godé, Chronique de législation française et communautaire en matière de droit privé, RTDC 1982 p 814.

⁶ M. Dreyfus-Schmidt, JO Déb. Sénat du 21-7-1982, p 3684. Maintenant, certains éditions du Code du travail reproduisent la DDH et le Préambule de 1946 (V. par exemple l'édition Litec de 1999).

convient-il au contraire de ne voir dans l'initiative du législateur qu'une simple impulsion à la protection des droits fondamentaux ?

11- L'exemple du droit au logement ¹ peut être cité. L'article 1^{er} de la loi du 22 juin 1982 énonce que le droit à l'habitat est un droit fondamental. L'article 1^{er} de celle du 6 juillet 1989 reprend la même formule s'agissant du droit au logement ². Cette prise de position n'a pu qu'influencer le Conseil Constitutionnel lorsque ce dernier a fait de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent un *objectif* de valeur constitutionnelle (OVC) ³. Prenant acte de cette décision, des juridictions judiciaires en ont alors déduit qu'était ainsi consacré un *droit* de valeur constitutionnelle ⁴, ce qui constitue une extrapolation erronée. En effet, lorsque le Conseil Constitutionnel dégage un OVC, c'est en principe pour permettre une limitation à un droit fondamental ⁵, et non pour en consacrer un nouveau. Dès lors, la règle en question ne saurait se parer du label constitutionnel pour accéder à la *fondamentalité* ⁶.

Le droit au logement peut-il alors se fonder sur un support conventionnel ? Il semble que non. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'affirmer que le logement constituait « un besoin primordial dont on ne saurait abandonner la satisfaction aux forces du marché »⁷, mais les instances européennes estiment depuis longtemps que le droit à un logement convenable ne figure pas, quant à son principe ⁸, parmi les droits protégés par la

¹ Parmi d'autres références : P. Crocq, Le droit au logement, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Droits et libertés fondamentaux, exercices et corrigés, préparation à l'examen d'accès CRFPA, Dalloz, 1996, p 125s ; R. Lafore, Le droit au logement, in Droits et libertés en Grande-Bretagne et en France, éd. L'Harmattan, 1999, p 169.

² Sur cette pratique, v. G. Rouhette, L'article 1^{er} des lois, in N. Molfessis (dir.), Les mots de la loi, Journée Paris II, 23-5-1997, *Economica*, 1999.

³ CC 19-1-1995, Diversité de l'habitat, Rec. p 176. Sur la notion, v. B. Faure, Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?, RFDC 1995 p 64.

⁴ TGI Saintes (réf.), 28-3-1995, *Juris-Data* n° 044143, *Le Monde* du 29-3-95, GP 96, 2, Somm. p 341 obs. H. Vray.

⁵ R. Badinter, Le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux, in R. Bieber (et. al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 152s, spéc. p 159.

⁶ Nous empruntons ce terme à E. Picard, précité.

⁷ Cour EDH 21-2-1986, James et autres c/ Royaume Uni.

⁸ Ce qui laisse entrevoir la possibilité d'une protection par ricochet, si par exemple était démontrée la violation subséquente du droit au respect de la vie privée ou familiale. La Commission européenne des droits de l'homme a veillé à plusieurs reprises au respect du *domicile* de locataires tenus d'évacuer leur appartement (Com. EDH 3-5-1983, X. c/ Pays Bas, DR 32 p 187 ; 1-12-1986, DP c. Royaume Uni, DR 51 p 195 – les expulsions étant à chaque fois dites justifiées) mais il nous semble erroné d'en déduire que la Convention protège un « droit au logement » (v. pourtant en ce sens A. Debet, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Th. Paris II, 2001, n° 864).

CEDH ¹. De sorte que l'assise du prétendu droit fondamental se réduit à l'affirmation programmatique de simples lois. Cela ne paraît pas suffisant et, au-delà de l'exemple choisi, il faut retenir que si la loi peut être source de droits fondamentaux, c'est uniquement en tant qu'elle relaie et explicite des sources plus hautes (sauf le cas particulier des lois républicaines antérieures à la IV^e République qui ont fait l'objet d'une application constante et qui véhiculent des principes fondamentaux ²).

12- De même, la jurisprudence ne doit pas en principe être reconnue comme une source formelle des libertés essentielles ³. Le juge a pour fonction d'appliquer les règles de droit, et non en principe de les créer ⁴. Il faut lucidement édulcorer le propos pour les juges constitutionnels et européens, interprètes officiels de sources autonomes de droits fondamentaux, et dont la jurisprudence s'incorpore au texte même de la Constitution et de la CEDH. Ce travail d'interprétation n'étant pas figé ⁵, il est au demeurant vain de vouloir dresser une liste définitive des droits fondamentaux.

13- Cette entreprise de classement a certes déjà été effectuée ⁶, et notamment sous l'égide du Conseil Constitutionnel ⁷. Doivent ainsi être répertoriés les droits garantis à titre principal par les normes du bloc de constitutionnalité et/ou par la CEDH. Si l'on entend plus précisément par droits fondamentaux ceux attribués à l'homme en tant que personne humaine⁸, et dont il peut revendiquer le bénéfice à l'encontre des autres particuliers, il faudra

¹ Com. EDH 29-9-1956, X c/ RFA, Ann. I p 202 ; 8-4-1967, X c/ RFA, non publiée ; Cour EDH 28-10-1999, Pancenko c/ Lettonie, cette décision énonçant que la Convention ne garantit aucun droit socio-économique en tant que tel, et ne prévoit en particulier aucun droit à un logement gratuit ; 18-1-2001, Chapman et autres c/ Royaume Uni, qui énonce que l'article 8 de la Convention ne reconnaît pas le droit de se voir fournir un domicile.

² On aura reconnu les PFR mentionnés dans le Préambule de 1946.

³ Certes, la jurisprudence a en son temps pris le parti, malgré le silence des textes, de protéger la vie privée (cf. Y. Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1998, p 201). On y verra une exception confirmant la règle et on relèvera que la jurisprudence ne parlait pas de droit fondamental.

⁴ La création *ex nihilo* de droits fondamentaux par le juge conduirait ce dernier à se substituer aux autorités élues : Y. Madiot, *op. cit.*, p 198.

⁵ V. en particulier la méthode d'interprétation évolutive mise au point par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt Marckx c/ Belgique du 13-6-1979.

⁶ V. en particulier celle de M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Seuil, 1996, p 18s.

⁷ Rapport du Conseil Constitutionnel, *in* Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ? , IX^e Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, Paris, Mai 1993, RUDH 95 p 256s, spéc. p 260s.

⁸ A ce titre, l'embryon n'est pas concerné. S'il est sûrement un être humain, il est en effet difficile d'affirmer que juridiquement il s'agisse d'une personne humaine (même si sa dignité doit être respectée) : B. Mathieu, *La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels*, D. 1999, chron. p 451. Quant à

exclure de cette liste certains principes pourtant habituellement inclus, comme la laïcité, la séparation des pouvoirs ou le droit à des élections libres, qui paraissent essentiellement opposables à l'Etat. La difficulté se situe également entre deux écueils à éviter : soit se montrer trop vague dans l'exposé des droits, soit en expliciter de manière trop détaillée le contenu, ce qui est un affront à la nature ouverte du concept même de liberté, « une faute contre la force créatrice de liberté d'une démocratie vivante comme la nôtre »¹. Aussi paraît-il moins périlleux et surtout plus exact d'en rester à l'énoncé des sources principales des droits fondamentaux : sources constitutionnelles ou conventionnelles², relayées le cas échéant par la loi.

14- Il existe pourtant un droit dont il est classiquement important de se demander s'il appartient ou non au "bloc de fundamentalité", c'est la liberté contractuelle, et plus largement la « liberté de l'être humain touchant la mise sur pied des actes juridiques privés »³. La question serait décisive en ce que de la réponse résulterait le sort à réserver à un acte heurtant les droits fondamentaux. Outre que le débat semble mal posé (exciper du caractère fondamental de la liberté contractuelle pour repousser une critique de violation des droits fondamentaux serait en quelque sorte s'autoriser d'un droit fondamental à violer les droits fondamentaux⁴... ce qui détruirait la fonction même de ces derniers), les éléments de solution ne paraissent pas décisifs.

l'individu décédé, il n'est *plus* une personne (v. par exemple H. Gaumont-Prat, obs. sous Paris 6-11-1997, Montand, D. 98 SC p 161 ; J. Hauser, obs. sous même arrêt, RTDC 98 p 87 ; G. Loiseau, Typologie des choses hors du commerce, RTDC 2000 p 47s, spéc. p 51), même si là encore sa dignité doit être respectée (CE, Ass., 2-7-1993, Milhaud, RFDA 93 p 1002, concl. D. Kessler ; Civ. 1^o, 20-12-2000, Érignac, JCP 2001 p 547 concl. J. Sainte-Rose et n. J. Ravanas, D. 2001 SC p 1990 obs. A. Lepage), en vertu d'un précepte de droit objectif (G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 9^o éd. 1999, n^o 527). Il convient de préciser également ici que les animaux ne peuvent être titulaires de droits fondamentaux tels que cette catégorie juridique est envisagée présentement. Sur le sujet, cf. M.-A. Hermitte, Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes !, Le Débat 2000, n^o 108, p 168.

¹ R. Badinter, JO Déb. Sénat 8-8-1984 p 2284. Selon A. Lyon-Caen, le contenu des droits fondamentaux est « rationnellement indéterminable » (*in* J. de Munck, J. Lenoble et M. Molitor (dir.), L'avenir de la concertation sociale en Europe, Univ. de Louvain, 1995, p 184).

² Sur cette dualité de fondements : J. Dhommeaux, Les droits fondamentaux et l'entreprise (Contribution à l'étude des droits fondamentaux), *in* J. Jugault (coord.), L'entreprise, nouveaux apports, Economica, 1987, p 191, spéc. p 196 ; G. Cohen-Jonathan, Conclusions générales, *in* P. Tavernier (éd.), Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, Bruylant Bruxelles, 1996, p 477 ; L. Favoreu (coord.), Droit constitutionnel, Dalloz, 2^o éd. 1999, n^o 1197 et 1200 ; Ph. Waquet, La Cour de cassation et les droits fondamentaux, *in* colloque Justice et droits de l'homme, Tréguier 20/1-5-2000, GP 20-12-2000 p 15.

³ P. Louis-Lucas, L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé, *in* Etudes H. Capitant, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1939), p 469.

⁴ Cette conception est peut-être à mettre en parallèle avec la pensée de Boulainvilliers, telle que synthétisée par Michel Foucault : « le premier critère de la liberté est de pouvoir priver les autres de la liberté. A quoi servirait et en quoi consisterait, concrètement, le fait d'être libre, si on ne pouvait pas justement empiéter sur la liberté des autres ? » (M. Foucault, "Il faut défendre la société", Cours au Collège de France, 1976, Seuil/Gallimard, 1997, p 139). Cf. également la pensée de Bentham : « la liberté de faire du mal n'est-elle pas liberté ? Si ce n'est pas

La Convention européenne des droits de l'homme est muette sur la liberté contractuelle¹, encore que son préambule souligne le patrimoine commun européen de « respect de la liberté » et que le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 englobe « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »². Quant au Conseil Constitutionnel, il a dans un premier temps clairement réfuté la nature fondamentale de la liberté contractuelle. Elle n'avait pas valeur constitutionnelle, pas plus que l'autonomie de la volonté³. Néanmoins, ce refus de principe méritait d'être sérieusement relativisé. D'abord, selon la doctrine, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre étant de même nature, la première avait vocation à être constitutionnalisée dans les mêmes termes que la seconde⁴. En outre, le Conseil entreprit tout de même de protéger l'économie des contrats légalement conclus, au nom de la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH), ce qui réalisait une « quasi-constitutionnalisation » de la liberté contractuelle sur le fondement de cet article⁵. Enfin, il faut remarquer avec M. Picard que le Conseil Constitutionnel, dans les hypothèses où il fut sollicité, n'était confronté qu'à des restrictions modestes apportées à cette liberté, de sorte que sa valeur constitutionnelle aurait très bien pu être consacrée si, « par une funeste inspiration », le

liberté qu'est-ce donc ? » (*in* Principes du Code civil, cité par M. El Shakankiri, J. Bentham : Critique des droits de l'homme, Arch. phil. droit 1964, t. IX, p 129s, spéc. p 151).

¹ V. les regrets, pour ne pas dire les reproches, de Cl. Lalaut, Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme, GP 1999, doct. p 554.

² Cour EDH 16-12-1992, Niemietz c/ Allemagne, § 29. Cf. sur ce point D. Szafran, L'incidence des droits de l'homme en droit économique et financier, *in* Mélanges P. Lambert, Bruylant Bruxelles, 2000, p 841s, spéc. p 854.

³ CC 20-3-1997, Plans d'épargne retraite, JCP 97, I, 4039, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan, et 4066, n° 16, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux ; RTDC 98 p 99, obs. J. Mestre ; Dr. et Patrimoine 1-1999 p 75, obs. E. Putman. V. déjà CC 3-8-1994, JCP 95, II, 22404, n. Y. Broussolle, et 30-12-1996, RTDC 97 p 416, obs. J. Mestre.

⁴ B. Mathieu, Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier, LPA 7-3-1997, p 5. La valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre est reconnue depuis la décision *Nationalisations* (CC 16-1-1982, RDP 82 p 377 obs. L. Favoreu), par déduction de l'article 4 de la DDH (« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »). La liberté d'entreprendre est une composante de la liberté du commerce et de l'industrie (sur laquelle v. *infra* n° 85, ainsi que Th. Revet, Que reste-t-il de la liberté du commerce et de l'industrie ?, D. affaires 1998, n° 100, p 51) : cf. à ce sujet J.-P. Théron, A propos de la liberté d'entreprendre, *in* Etudes G. Péquignot, t. 2, CERAM Montpellier, 1984, p 675s, spéc. p 679.

⁵ CC 10-6-1998, Réduction du temps de travail, RTDC 98 p 797 obs. N. Molfessis. La formule est de Ph. Terneyre (La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ?, AJDA 1998 p 667s, spéc. p 671). Le doyen Gény avait déjà relié l'autonomie de la volonté à l'article 4 de la DDH (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, LGDJ, 2° éd. 1954, nouveau tirage, t. II, n° 171).

législateur avait prétendu abroger purement et simplement le principe de la liberté contractuelle ¹.

A présent, les données sont différentes dès lors que dans une décision du 19 décembre 2000, le Conseil a reconnu, certes très discrètement, que la liberté contractuelle découlait de l'article 4 de la DDH ². Si cette évolution est importante ³, certains y verront sans doute une constitutionnalisation de second rang ⁴, au demeurant impropre à arbitrer l'opposition entre un acte juridique privé et le bloc de fundamentalité ⁵.

3) Contrôle des actes juridiques privés affectant les droits fondamentaux.

15- Le juge ne doit pas rester passif face à une stipulation qui empiète sur les droits fondamentaux. Son intervention sera décisive, car « la persistance de la liberté tient essentiellement dans le pouvoir de contrôle qu'exerce le juge vis-à-vis des actes qui la menacent »⁶. On estime que cette mission incombe plus précisément aux tribunaux de l'ordre judiciaire, « garants traditionnels des droits fondamentaux de la personne »⁷.

Une telle surveillance des activités juridiques s'impose avec d'autant plus d'acuité qu'il serait fallacieux d'exciper qu'en pratique le partenaire contractuel a accepté l'atteinte infligée à ses droits fondamentaux. Les contrats sont souvent d'adhésion, et même quand ils sont négociés, la contrepartie pécuniaire éventuellement prévue peut pousser le partenaire, dans des circonstances économiques difficiles, à se dépouiller de la plupart de ses attributs

¹ E. Picard, article précité, p 27. C'est presque une hypothèse d'école car « contracter est un jeu et un plaisir : même un régime autoritaire n'est pas assez insensé pour priver les populations de cet exutoire à leur morosité » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vè République*, Flammarion, 1996, p 173).

² CC 19-12-2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, LPA 22-12-2000 p 5 n. J.-E. Schoettl. Le communiqué de presse ne fait pas état de cette innovation constitutionnelle.

³ V. cependant Ph. Malaurie (*Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle*, in *Mélanges M. Cabrillac, Litec*, 1999, p 187s, spéc. p 191), qui estime que « se demander si la liberté contractuelle est ou non un principe constitutionnel ne signifie pas grand chose ».

⁴ Ph. Terneyre a eu l'occasion d'écrire que « si la liberté contractuelle se voyait reconnaître valeur constitutionnelle, sa place ne pourrait qu'être en retrait par rapport à d'autres droits fondamentaux » (*Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ?*, Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, in *Mélanges G. Peiser, PUG*, 1995, p 473s, spéc. p 484).

⁵ Selon E. Putman (obs. précitées sous CC 20-3-1997), si des clauses restreignant les droits fondamentaux venaient à pouvoir « s'abriter derrière le bouclier d'une liberté constitutionnellement garantie », le conflit opposerait des droits égaux, d'où un arbitrage complexe.

⁶ F. Dreyfus, *La liberté du commerce et de l'industrie*, éd. Berger-Levrault, 1973, p 61.

⁷ P. Gulphe, *Les tribunaux français gardiens de l'intimité de la vie privée*, in *Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne*, XIVè Congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 12-19/9/1981, *Rev. ju. et pol.* 82, n° 1, p 554. L'article 66 de la Constitution fait de l'autorité judiciaire la « gardienne de la liberté individuelle ».

élémentaires¹. Le contrat ne peut que reproduire les déséquilibres objectifs de la société qui animent l'échange des volontés², la liberté contractuelle demeurant ainsi un moyen d'oppression au profit du plus fort³. En outre, l'argument tiré du consentement de la victime de l'atteinte ne jouera évidemment pas s'agissant d'actes juridiques unilatéraux comme les sanctions...

La nécessité d'un contrôle est également guidée par le raffinement de certaines opérations juridiques. Le juge doit être vigilant face « à la liberté humaine et à ses ruses »⁴. L'inventivité paraît sans limite et on peut se demander si beaucoup de domaines resteront hors du commerce juridique. Les libertés fondamentales semblent inévitablement investies par les actes des particuliers. Cependant ces derniers sont rattrapés par le droit qui, s'il ne peut que constater l'existence de certains *faits* juridiques, peut en tout cas s'opposer à leur organisation *conventionnelle*⁵. Comme l'a relevé le Doyen Savatier, « des cosmonautes courent des dangers que le Droit ne leur interdit pas. Mais, si l'on achetait une personne humaine pour qu'elle courre ce danger, le Droit protesterait »⁶.

16- L'exigence d'un encadrement, une fois admise, ne doit pourtant pas susciter chez le juge un sentiment de défiance irréversible à l'encontre de l'acte juridique litigieux. Oser pénétrer la sphère de la fundamentalité n'est pas toujours synonyme d'une violation honteuse des libertés les plus essentielles. Un exemple significatif de la possible rédemption d'un acte *a priori* suspect réside dans la convention de mécénat⁷.

Par ce contrat, un artiste, souvent un peintre, reçoit un salaire de la part d'un marchand en échange de l'engagement de produire et de lui céder un certain nombre d'œuvres par an. Il

¹ V. les contrats d'exhibition dégradants, de ventes des produits du corps humain, d'expérimentation médicale...

² J. Caillosse, *Introduire au droit*, éd. Montchrestien, 3^e éd. 1998, p 120.

³ M. Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p 235. Egalement L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Th. Orléans, 2000, n° 134 : la liberté contractuelle absolue est « instrument d'oppression par le plus fort, source d'injustice, et aliénation de la liberté par l'autre partie ».

⁴ C. Labrusse-Riou, *Droit de la personnalité et de la famille*, in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *op. cit.*, p 269s, spéc. p 272.

⁵ I. Moine, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ 1997, n° 424, à propos des conventions de mères porteuses.

⁶ R. Savatier, *Le droit de la personne et l'échelle des valeurs*, in *Mélanges V. Gothot*, Liège, 1962, p 567s, spéc. p 590.

⁷ J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, *Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin*, LGDJ 1996, n° 11180 ; P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Th. Paris II, 1985, p 201s.

aliène donc sa liberté de création, qui peut être considérée comme un droit fondamental¹. Se prononcer systématiquement contre la validité de ce contrat de "lancement" irait cependant à l'encontre des intérêts des jeunes créateurs à la recherche d'une notoriété. Par rapport à cet objectif, on voit en effet dans la convention de mécénat « un instrument juridique excellent »². Si le juge est saisi, il devra focaliser son attention sur les conditions de travail définies au contrat, pour éventuellement valider ce dernier. Il lui appartiendra donc de développer un contrôle pragmatique de l'acte juridique ayant empiété sur les droits fondamentaux. Cela fait partie de son « travail d'évaluation de l'impact des contrats sur la condition des personnes »³.

Le juriste ressent dans bien d'autres domaines l'exigence de soumettre les actes des particuliers à un contrôle au regard des libertés, tout en hésitant sur la manière de mettre en œuvre un tel encadrement. La question se pose par exemple de savoir quel traitement réserver aux contrats par lesquels des entreprises s'échangent des fichiers de clients potentiels contenant des données personnelles sur ces derniers. Il faut à l'évidence soumettre de telles pratiques contractuelles à un contrôle. Le rang du droit au respect de la vie privée dans notre ordre juridique l'impose⁴, sans parler de l'émergence éventuelle d'un droit à l'autodétermination informationnelle imité du droit constitutionnel allemand⁵. Il reste pourtant à savoir comment mettre en œuvre l'examen qui permettra de faire le départ entre les cessions nuisibles de données confidentielles, et les autres, éventuellement acceptables car

¹ R. Cassin, L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs des œuvres de l'esprit, in *Mélanges M. Plaisant*, Sirey, 1960, p 225s, spéc. p 229 : « l'activité intellectuelle créatrice doit être respectée et protégée aux mêmes titres que d'autres facultés essentielles communes à tous les hommes ». Cf. également l'article 19, § 2, du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, qui garantit la liberté d'expression artistique, tout comme l'article 10 de la CEDH selon la Cour européenne (Cour EDH 24-5-1988, Müller et autres, § 27). La création artistique tombe en effet dans le champ d'application de la liberté d'expression : M. Verdussen, Les droits de l'homme et la création artistique, in *Mélanges P. Lambert*, Bruylant Bruxelles, 2000, p 1001.

² B. Parisot, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique, D. 1972, chron. p 71.

³ C. Labrusse-Riou, De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p 499.

⁴ Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel rattache le respect de la vie privée à la liberté proclamée par l'article 2 de la DDH, lui conférant ainsi valeur constitutionnelle : CC 23-7-1999, Couverture maladie universelle. La Cour EDH tient également compte « du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel (...) pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention » : Cour EDH 25-2-1997, Z c/ Finlande, § 95. Dans l'article premier de la Convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, adoptée le 28 janvier 1981, c'est pareillement le droit à la vie privée qui est mis en exergue parmi les droits et libertés menacés (cf. in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *op. cit.*, p 110).

⁵ L'individu doit garder la maîtrise des informations le concernant. Cf. sur ce droit : C. Grewe, Rapport allemand, in *Constitution et secret de la vie privée*, XVI^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence 15/6-9-2000. Dans sa décision du 13 août 1993 (précitée), le Conseil constitutionnel a estimé que la liberté individuelle englobait la protection contre la divulgation de données informatisées (cons. 121 et 133). L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (18 décembre 2000) reconnaît, mais avec pour l'instant la portée attachée à une simple proclamation, le droit à la protection des données à caractère personnel.

avantageuses pour le consommateur qui se voit adresser des offres commerciales intéressantes, et profitables aux entreprises qui développent ainsi leur clientèle et donc l'emploi ¹.

Il existe ici incontestablement une difficulté lancinante, qui n'est pas propre à l'exemple choisi, mais au contraire caractéristique des situations où s'entrechoquent des intérêts divergents. Que des libertés fondamentales soient en jeu, et le conflit est même porté « jusqu'à l'exaspération », ce qui rend « le chemin de crête que doit suivre le juge pour ne pas méconnaître les droits des parties en présence et pour les concilier (...) plus ardu que jamais »². La difficulté a notamment été soulignée à propos de l'opposition entre le droit de chacun au respect de son intimité et le droit du public à l'information ³. Dans ce domaine, il apparaît que « la vie privée encourt une nécessaire et légitime protection. Mais cette dernière n'est pas, par définition, sans limites. Aussi le juge devra-t-il, le cas échéant, tenir compte de certains impératifs non moins légitimes dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre naturel de la liberté de la presse »⁴. En pratique pourtant, force est de constater que « les juges sont fort embarrassés pour délimiter la portée des restrictions que la gloire ou l'actualité imposent à l'intimité (...). Tout est ici question de bon sens et de mesure, car il n'y a pas de principe absolu »⁵.

Ces premières impressions se vérifieront tout au long de l'étude : si un contrôle des actes juridiques privés au regard des droits fondamentaux constitue une réelle exigence (**Première Partie**), la difficulté réside dans la mise en œuvre de ce contrôle (**Seconde Partie**).

¹ Le commerce d'adresses est devenu une activité économique à part entière et répond elle-même à un besoin économique : Commission nationale de l'informatique et des libertés, 10^e rapport d'activité 1989, La documentation française, 1990, p 9. Par ailleurs, « des flux transfrontaliers de données à caractère personnel sont nécessaires au développement du commerce international » : considérant 56 de la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE n° L 281 du 23-11-1995).

² Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, *in* colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié, GP 1996, 3, p 1427s, spéc. p 1431, à propos du conflit entre la liberté du salarié et les intérêts d'une entreprise de tendance.

³ Ce droit est déduit par la jurisprudence de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Civ. 1^o, 6-2-1996, FOCA, Bull. civ. I, n° 70), qui est consacrée avant tout par l'article 11 de la DDH. Au visa de l'article 10 de la CEDH, la Cour de cassation retient que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine (Civ. 1^o, 20-2-2001, D. 2001 p 1199 n. J.-P. Gridel ; JCP 2001, II, 10533, n. J. Ravanans ; Dr. et patrimoine 6/2001 p 96, obs. G. Loiseau). La Cour EDH reconnaît le droit de recevoir des informations sur des questions d'intérêt public : v. ainsi l'arrêt *Fressoz et Roire c/ France* du 21-1-1999, JCP 99, I, 149, n° 5, obs. B. Teyssié ; *ibid.* II, 10120, n. E. Derieux.

⁴ X. Agostinelli, Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1994, n° 646.

⁵ R. Gouriou, La photographie et le droit d'auteur, LGDJ, 1959, p 176.

Première Partie :

Exigence d'un contrôle des actes juridiques privés

au regard des droits fondamentaux.

17- Faut-il assujettir au respect des droits fondamentaux les actes juridiques intervenant entre les personnes privées ? Si une telle soumission peut être ressentie intuitivement comme une nécessité, elle est loin de s'imposer en droit avec la force de l'évidence. Notre héritage judéo-chrétien¹ nous fait sans doute placer la personne humaine au-dessus de tout, et « considérer *ipso facto* que toute atteinte à ses prérogatives fondamentales constitue un scandale contre la Création, contre l'ordre des choses, contre l'univers même »², mais l'applicabilité des droits fondamentaux aux actes juridiques ne va néanmoins pas de soi. Le réflexe habituel veut en effet que les textes proclamant des droits de l'homme soient destinés à prémunir l'individu contre les exactions d'origine étatique³. Pourtant, droits fondamentaux et actes juridiques privés n'évoluent pas en vases clos ; ils s'interpénètrent. Il conviendra de préciser les fondements de cette imprégnation, afin de montrer que si les particuliers s'autorisent des incursions dans la sphère de la fundamentalité, les libertés essentielles investissent réciproquement l'activité humaine, en la canalisant.

Cette nouvelle donne dans les relations juridiques, si elle est salutaire pour l'Etat de droit⁴, n'est pas sans poser des difficultés aussi bien théoriques que pratiques. Il faut bien en effet adopter un mode de raisonnement permettant de soumettre concrètement les actes juridiques aux droits fondamentaux. Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra effectuer un contrôle des premiers au regard des seconds.

¹ Contrairement à ce que l'on dit souvent, certaines voix de l'Eglise catholique ont pu freiner la reconnaissance des droits de l'homme : la liberté religieuse a parfois été considérée comme un droit « monstrueux » et la Déclaration de 1789 comme « une négation des droits de Dieu » (Cf. les références citées par Y. Madiot, *op. cit.*, p 50). Il faut dire que « pour les tenants des doctrines religieuses, tout était à Dieu et presque rien à l'homme » (A. Memmi, *L'égalité des Droits de l'homme et l'illusion républicaine*, in 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 159). Globalement, il demeure cependant acquis que le christianisme a transformé peu à peu les consciences « en leur donnant le sens du respect de la personne humaine » : P. Roubier, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1946, p 97.

² G. Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Univ. de Bruxelles, 4^o éd. 1993, p 126.

³ V. par exemple F. Albanese, *Génétique et droits de l'homme*, Ann. européen 1985 p 39s, spéc. p 63.

⁴ B. Cubertafond, *La création du droit*, éd. Ellipses, 1999, p 41 : « les droits et libertés devraient (...) être respectés (...) par les contrats passés entre les personnes. Ainsi le veut l'Etat de droit ». Dans le même sens, P. Rolland, *La protection des libertés en France*, Dalloz, 1995, p 35 : « dans un Etat de droit les règles qui assurent la liberté des citoyens, doivent être également respectées par les particuliers dans leurs rapports mutuels (...) ».

Ainsi, l'examen des fondements de l'emprise¹ des droits fondamentaux sur les actes juridiques (**Titre 1**) précédera l'étude des techniques de soumission de ces actes au bloc de fundamentalité (**Titre 2**).

¹ Nous n'employons évidemment pas ici le mot au sens du droit administratif (l'administration dépossédant un particulier de son bien immobilier), mais dans son sens courant (domination, ascendant).

Titre 1

Les fondements de l'emprise des droits fondamentaux sur les actes juridiques.

18- Pour subordonner les actes juridiques au respect des droits fondamentaux, l'attitude la plus radicale consiste à admettre l'effet dit horizontal de ces derniers qui, applicables dans les relations interindividuelles, opposables entre particuliers, auront ainsi vocation à irriguer l'ensemble des rapports privés.

Cette perspective ne peut néanmoins convaincre que si l'on est d'abord persuadé de la suprématie verticale des droits fondamentaux au sein de l'ordonnement juridique. Au demeurant, dans une approche purement kelsénienne, où les particuliers sont habilités par l'ordre juridique à régler leurs relations réciproques au moyen d'actes créateurs de normes ¹, la domination des droits fondamentaux permet de fonder leur applicabilité aux dispositions élaborées par l'auteur d'un acte juridique. En effet, dès lors que ces dispositions sont génératrices de règles s'insérant dans la hiérarchie des normes ², leur rang sera moins élevé que celui occupé par les attributs essentiels de l'homme et elles devront donc en subir le joug.

De la sorte, l'emprise sera totale : déjà placés sous l'influence verticale des droits fondamentaux (**Chapitre I**), les actes juridiques s'y trouveront soumis horizontalement (**Chapitre II**).

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. 1960, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999, p 255.

² Ch. Larroumet, *Droit civil, introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 3^e éd. 1998, n° 23. *Contra* : J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 35, pour lequel il faut se garder de placer au degré inférieur de la pyramide les actes juridiques particuliers, « ceux-ci ne créant pas de règle de droit » (mais l'auteur ne se prononce ici qu'eu égard au « droit d'Etat », à l'instar de la doctrine privatiste classique et non convertie aux idées de Kelsen : v. sur ce point Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. I, 1982, p 402 et t. II, 1983, p 512). La question reste très sensible, comme le montre la première phrase de la thèse de G. Lhuillier (*Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, Paris X, 1993, p 5) : « un acte juridique de droit privé peut-il créer des normes ? » (v. la réponse positive de l'auteur, notamment p 331).

Chapitre I : Assujettissement vertical des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux.

19- La soumission des activités juridiques aux libertés les plus essentielles repose sur une idée simple : les droits fondamentaux "trônent" au sommet de la pyramide des normes. Cette position explique leur primauté sur les actes juridiques privés, situés au bas de la hiérarchie (**Section 1°**). Néanmoins, chacun sent bien le caractère théorique, voire artificiel d'une telle présentation. Pour produire pleinement leurs effets, et en quelque sorte "tenir leur rang", les droits fondamentaux doivent pouvoir être invoqués par un particulier devant un juge, c'est-à-dire être dotés d'un effet direct ¹ (**Section 2°**).

Section 1° : Primauté des droits fondamentaux.

Sur le papier, la suprématie des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes paraît peu contestable (§ **I**). En pratique, cette suprématie s'avère cependant modulée (§ **II**), ce qui pare d'une certaine manière au risque parfois soulevé d'une fissure de la pyramide normative si son sommet venait à devenir trop lourd ².

§ I - Suprématie admise des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes.

Pour pouvoir reconnaître une place suprême aux droits fondamentaux dans la pyramide des normes ³, il faut avant tout reconnaître un caractère normatif aux textes qui les énoncent (**A-**). Il est ensuite possible de les placer au sommet de notre ordonnancement juridique, ce qui imprimera leur supériorité sur les actes juridiques émanant des particuliers (**B**).

¹ Sur cette condition, appliquée aux droits constitutionnels, cf. Ph. Ardant, *Les constitutions et les libertés, Pouvoirs* 1998, n° 84, p 61s, spéc. p 67, qui précise que si ces droits s'imposent aux normes inférieures, et donc aux personnes privées, encore faut-il que les juridictions acceptent de se référer directement à la Constitution.

² Sur cette préoccupation, cf. Ph. Ardant, art. précité, spéc. p 73.

³ En ce sens : L. Marcoux Jr, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne*, RIDC 1983 p 691, qui caractérise les droits fondamentaux comme étant « ceux exprimés ou garantis par les normes supérieures d'un ordre juridique donné ».

A- Caractère normatif des textes énonçant des droits fondamentaux.

20- Lorsqu'il s'agit d'établir que les textes énonçant des libertés fondamentales constituent des règles de droit, resurgit inévitablement la question de la source de ces libertés. Et il faut ici de nouveau relever l'avantage d'un relais législatif : si tel ou tel droit fondamental est pris en charge, développé par une loi, son caractère normatif ne fait aucun doute ¹. Lorsque au contraire le droit figure seulement dans un texte constitutionnel ou international, ce caractère peut-il être discuté ?

21- Il l'était dans la retentissante affaire Clavaud ². Ce salarié, licencié à la suite de la publication dans *L'Humanité* de déclarations sur ses conditions de travail, invoquait la liberté d'expression consacrée par le Pacte de New-York sur les droits civils et politiques ³, et par la DDH ⁴. Or devant la Cour d'appel, l'employeur faisait valoir que « ces textes énoncent des principes et une philosophie de rapports sociaux sans être générateurs de sanctions ». C'était là mettre en doute leur caractère normatif.

En droit positif, ce caractère est reconnu au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, cité dans celui de la Constitution de 1958, et qui énumère les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » -PPNT-, mentionne les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » - PFR -, et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen -DDH- (**1/**). S'agissant des droits fondamentaux conventionnels, le caractère normatif devient un critère, qui conduit à dénier toute force contraignante à certaines dispositions internationales (**2/**).

¹ Il faut toutefois se méfier lorsque la loi s'en tient à une simple incantation de principe, prétendument fondatrice, le meilleur exemple étant ici constitué par les articles 1^{er} des lois du 22 juin 1982 et du 6 juillet 1989 qui qualifient de droit fondamental respectivement le droit à l'habitat et le droit au logement. Ces dispositions sont sans contenu normatif réel. Sur le sujet en général, v. Ch. Atias, Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé, RRJ 1982 p 219 ; N. Molfessis, obs. in RTDC 1999 p 729. Par une circulaire du 14 juin 1983 (RRJ 1983 p 511), le Premier ministre demandait à ses ministres et secrétaires d'Etat d'éviter d'introduire dans leurs projets de loi « des dispositions sans contenu normatif ».

² C. Prud. Montluçon 24-11-1986, Dr. Ouvrier 87 p 1 n. M. Henry. Riom 2-3-1987, Dr. Ouvrier 87 p 97 n. G. Lyon-Caen, D. 87 p 427 n. E. Wagner. Soc 28-4-1988, Dr. Ouvrier 88 p 250 concl. H. Ecoutin, n. A. Jeammaud et M. Le Friant ; Dr. Soc. 88 p 428 concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier ; JCP E 88, 15270, n° 6 obs. B. Teysié.

³ Art. 19-2 : « Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté (...) de répandre des informations et des idées de toute espèce (...) ».

⁴ Art. 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme (...) ». Cette liberté ne disposait pas d'un fondement législatif tant que la Cour d'appel de Riom, approuvée en cela par la Cour de cassation, n'avait pas estimé que puisque l'art. L. 461-1 du Code du travail garantissait l'exercice du droit d'expression *dans* l'entreprise, il ne pouvait en être autrement *en dehors* de celle-ci.

1/ Une caractéristique reconnue au Préambule de la Constitution de 1946.

22- Comme l'a écrit M. Gicquel, « la loi fondamentale a cessé d'être une idée pour relever de la normativité »¹. L'essentiel est ici de relever que cette promotion concerne en particulier le Préambule de la Constitution de 1958, et donc du même coup celui de la Constitution de 1946. Une telle avancée n'allait pourtant pas de soi car dans l'intention de ses auteurs, le Préambule de 1946 ne faisait qu'affirmer des principes sans portée juridique positive². Les Constituants y voyaient « une préface académique », de simples « prescriptions purement verbales et platoniques [auxquelles] nul n'est tenu de se conformer »³. Une preuve de cette autorité essentiellement morale résidait dans la compétence restreinte du Comité Constitutionnel chargé d'examiner si les lois étaient en accord avec la Constitution : il ne pouvait fonder son contrôle sur le Préambule⁴. Cependant, la doctrine privatiste eut l'occasion de préciser par la suite que la valeur philosophique de ce texte ne valait qu'à l'égard du législateur, sa pleine valeur normative devant au contraire s'imposer au juge des relations privées⁵.

23- En l'occurrence, dès 1947, le Tribunal civil de la Seine fait référence au Préambule de 1946 en tant que règle de droit⁶. Un an plus tard, il accorde également le caractère de norme juridique au droit de grève (PPNT), avec cette fois-ci l'onction de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation⁷. De même, la jurisprudence reconnaît la « juridicité »⁸ du droit de propriété « affirmé par la Déclaration des droits de l'homme, elle-même rappelée

¹ J. Gicquel, L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle, in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir), *op. cit.*, p 237. Cf. aussi L. Favoreu, La constitutionnalisation du droit, in Mélanges R. Drago, Economica 1996, p 25s, spéc. p 35, qui dénonce le vieux réflexe consistant à ne voir dans la Constitution « qu'un recueil de vagues recettes politiques sans aucun effet juridique ».

² M. Mignon, La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence, D. 1951, chron. p 127.

³ J.O. Déb., Ass. nat. const., 29-8-1946, p 3361.

⁴ J. Rivero, Les libertés publiques, précité, p 147.

⁵ A. Colin et H. Capitant, par L. Julliot de la Morandière, Traité de Droit civil, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et Famille, éd. Dalloz, 1957, n° 590.

⁶ Trib. civ. Seine, 22-1-1947, D. 47 p 126, GP 47 I p 67, RTDC 47 p 213 obs. R. Savatier. Cf. également Cl. Franck, Droit Constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence, PUF Thémis, 1978, p 16.

⁷ Trib. civ. Seine, 21-4-1948, Dr. Soc. 48 p 258 n. P. Durand ; Paris, 13-7-1949, Dr. Soc. 49 p 309 concl. Dupin ; Soc. 27-5-1952, S. 52, 1, p 179.

⁸ N. Molfessis, Le Conseil Constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, n° 679, qui montre l'admission progressive de la juridicité des normes constitutionnelles.

dans le Préambule »¹. A la même époque, le juge administratif se montre généralement moins hardi : incertain de la valeur juridique de ces textes, il préfère en dégager des principes généraux du droit, dont il impose alors le respect à l'autorité administrative².

En 1971, par sa célèbre décision *Liberté d'association*³, le Conseil Constitutionnel reconnaît la force contraignante des PFR et, en visant le Préambule de la Constitution, celle des PPNT et de la DDH. Un bloc de **normes** fondamentales est donc par-là même constitué⁴. L'autorité normative des dispositions constitutionnelles se trouve ainsi reconnue uniformément, ce qui n'est pas le cas pour les dispositions conventionnelles.

2/ Un critère écartant certaines dispositions internationales.

24- Tout texte international énonçant des droits fondamentaux ne constitue pas obligatoirement une norme primant les actes juridiques privés. L'exemple le plus révélateur est sans doute la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Dans la conscience collective, et en tout cas pour le non-juriste, ce texte paraît emblématique. Il n'a pourtant aucune portée juridique contraignante⁵. Son Préambule le laissait présager : la déclaration y est présentée comme proclamant un « idéal commun à atteindre », et non comme un engagement à respecter. Ce défaut de caractère normatif s'explique par la forme de cet instrument : ce n'est pas une convention mais une résolution. On cite souvent les propos très nets d'Eleanor Roosevelt : la DUDH « n'est pas un traité ; elle n'est pas un accord international, elle n'est pas et ne cherche pas à être un exposé de droits et d'obligations juridiques »⁶.

La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée par le Conseil européen de Strasbourg le 9 décembre 1989 est également privée du bénéfice de la

¹ Paris, 31-10-1963, D. 64 p 286 n. L. Julliot de la Morandière. Sur la DDH, cf. Ch. de la Mardière, Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789, RFDC 1999 p 227.

² V. néanmoins CE, Ass, 7-7-1950, Dehaene, Dr. Soc. 50, p 317, concl. Gazier, et CE 11-7-1956, Amicale des annamites de Paris, Rec. p 317, qui se fondent directement sur le Préambule constitutionnel.

³ CC 16-7-1971, AJDA 71 p 537 n. J. Rivero, RDP 71 p 1171 obs. J. Robert.

⁴ Sur la normativité des droits fondamentaux et la position du Conseil constitutionnel, v. L. Favoreu (coord.), Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, 2000, n° 149 et 150.

⁵ F. Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, PUF Droit fondamental, 4° éd. 1999, n° 81. F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 4° éd. 1998, n° 169, qui relève que la DUDH n'est pas une source de droit. V. aussi Y. Madiot, La protection internationale de la personne, in La personne humaine, sujet de droit, 4° Journées R. Savatier, Poitiers, 25/6-3-1993, PUF, 1994, p 173s, spéc. p 200.

⁶ Citée notamment par R. S. Pathak, Rapport introductif, in Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste, Actes du colloque de Strasbourg des 17 et 19-4-1989, éd. N. P. Engel, p 6s, spéc. p 8.

primauté du fait de son caractère non-normatif¹. L'analyse est identique pour la Déclaration des libertés et droits fondamentaux adoptée par le Parlement européen le 12 avril 1989, alors même qu'elle pourrait révéler quelques potentialités² et qu'elle avait été rédigée, semble-t-il, dans la perspective de constituer un instrument juridique doté d'un caractère contraignant³. Au contraire, et toujours à titre exemplatif, sont des traités et créent donc des effets de droit la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961⁴ et les deux Pactes Onusiens de 1966⁵. A leur sujet, il faut donc parler de normes qui, hiérarchiquement, se logent bien au-dessus des actes juridiques émanant des particuliers.

B- Supériorité des textes énonçant des droits fondamentaux sur les actes juridiques.

Cette supériorité implique nécessairement la soumission des actes juridiques aux droits fondamentaux. Hiérarchiquement, les normes constitutionnelles et supranationales occupent une position culminante (1/), qui s'oppose à la place subalterne occupée par les normes émanant des particuliers (2/).

1/ Position hiérarchique culminante des normes constitutionnelles et supranationales.

25- La suprématie des normes *constitutionnelles*, et donc des prérogatives qu'elles véhiculent, au sein de l'ordonnement juridique relève de l'évidence dès lors que l'on se réfère à Kelsen ou aux auteurs qui ont diffusé sa pensée⁶. En particulier, cette position

¹ Ch. Pettiti, La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès ?, Dr. soc. 1990 p 387.

² Selon son article 12-1, toute personne a le droit d'exercer librement sa profession, ce qui constitue une base de raisonnement pour apprécier les clauses de non-concurrence. Cette Déclaration est rapportée par Ph. Ardant, Les textes sur les droits de l'homme, PUF Que sais-je ?, 2^o éd. 1993, p 110.

³ R. Bieber, Introduction, in R. Bieber (et al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, *op. cit.*, p 13.

⁴ Dans sa version révisée adoptée le 3 mai 1996, elle consacre le droit à la dignité dans le travail et le droit au logement.

⁵ Publiés in P. Rolland et P. Tavernier, La protection internationale des droits de l'homme, textes, PUF Que sais-je ?, 1^o éd. 1989, p 9 et 19.

⁶ Pour Kelsen (*op. cit.*, p 224), le degré suprême de l'ordre juridique est la Constitution. Pour Ch. Eisenmann, la Constitution « représente dans l'ordre interne le dernier terme auquel on puisse rapporter et comparer une règle de droit pour en apprécier la validité juridique car elle y est le juge premier de toute régularité » (cité par L.

dominante permet de soumettre le législateur au respect de principes supérieurs. La première Assemblée constituante l'avait bien compris puisque son projet constitutionnel voté le 19 avril 1946 était précédé d'une Déclaration des droits de l'homme énonçant que « nulle loi ne saurait porter atteinte aux droits inaliénables et sacrés que possèdent tout être humain »¹. Le fait que le contrôle de constitutionnalité des lois soit désormais entré dans nos mœurs juridiques consacre définitivement la primauté de la Constitution.

En droit privé au contraire, cette suprématie n'est pas encore vécue comme une donnée évidente, comme si la norme fondamentale était finalement juchée trop haut pour le juge judiciaire, plutôt habitué à vérifier que les particuliers respectent la loi. Une telle réserve s'estompe progressivement, du fait du renouvellement de génération des magistrats². C'est sans hésitation que tout tribunal doit sanctionner les violations entre personnes privées de la règle suprême de notre ordre juridique³.

26- La supériorité normative des *traités* ratifiés et publiés repose sur l'article 55 de la Constitution : leur autorité est supérieure à celle des lois. A cet égard, les conventions énonçant des droits fondamentaux ont l'avantage de n'être pas soumises à la condition de réciprocité : elles ont un caractère objectif⁴. Il est vrai qu'en visant l'inexécution de « l'autre partie », l'article 55 ne semble pas concerner les engagements multilatéraux⁵. La violation par un Etat d'un traité sur les droits de l'homme doit se régler au plan supranational, le juge interne devant quant à lui en maintenir la primauté⁶.

Il faut remarquer que si le droit français accorde un rang supralégislatif aux normes fondamentales internationales, certains pays se montrent à la fois plus précis et plus généreux : ainsi la CEDH bénéficie d'un rang supraconstitutionnel aux Pays-Bas,

Favoreu, La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle, *in* La pensée de Charles Eisenmann, éd. Economica, 1986, p 85s, spéc. p 90).

¹ M. Mignon, *loc. cit.*

² M. Frangi, Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques, PUAM Economica, 1992, n° 272.

³ G. Druesne, La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la Ve République, RDP 74 p 169. Pour J.-M. Auby et R. Drago (Traité de contentieux administratif, t. 1, LGDJ, 1984, n° 80), les tribunaux judiciaires peuvent à ce titre être considérés comme des juridictions constitutionnelles.

⁴ J.-F. Flauss, La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, *in* La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg des 29-30-31/5/1997, éd. A. Pédone, 1998, p 11s, spéc. p 24. Sur l'éviction de la condition de réciprocité s'agissant de la CEDH, *cf.* Com. EDH 6-12-1983, France et autres c/ Turquie, DR 35 p 143.

⁵ P. Estoup, La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français, GP 1990, doctr. p 110.

⁶ Cass. ch. mixte 24-5-1975 Cafés Jacques Vabre, D. 75 p 497 concl. A. Touffait, AJDA 75 p 567 n. J. Boulouis, AFDI 76 p 867 chron. J.-F. Lachaume.

constitutionnel en Autriche ¹. Une telle autorité peut éviter l'opposition des sources constitutionnelles et internationales. En effet, reconnaître la primauté des normes énonciatives de droits fondamentaux ne résout pas leur éventuel conflit. En la matière, deux logiques s'affrontent. Pour le juge interne français, un droit fondé sur une norme constitutionnelle prévaudra sur un droit d'origine conventionnelle ². Au contraire, devant le juge européen par exemple, les règles constitutionnelles s'effacent devant la CEDH ³. Cette opposition ne doit cependant pas être exagérée en pratique : au gré des décisions du Conseil Constitutionnel s'établit une convergence de contenu entre le bloc de constitutionnalité et le bloc de conventionnalité ⁴. Le bloc de fondamentalité, symétriquement dédoublé, peut ainsi marquer du sceau de sa primauté l'ensemble des actes juridiques.

2/ Position hiérarchique subalterne des normes émanant des particuliers.

27- Habituellement, la primauté des normes constitutionnelles et internationales sert en droit public à faire plier la loi, éventuellement les actes administratifs. Ce réflexe ne doit pourtant pas faire perdre de vue que la structure de l'ordre juridique s'impose également en droit privé ⁵. La validité des contrats et plus généralement des actes juridiques est pareillement soumise au respect des normes supérieures. Cette approche purement logique suppose d'abord de placer les actes juridiques dans la pyramide des normes.

Là encore, le système normativiste kelsénien doit être mis à contribution. Pour Kelsen, les actes juridiques étaient des sources de droit, qui s'inséraient à la base de l'ordonnement

¹ F. Sudre, *op. cit.*, n° 105. Sur le sujet en général, v. B. Beignier et S. Mouton, La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction, D. 2001, chron. p 1636.

² Ce ne serait pas le cas en revanche s'agissant d'un droit fondé sur une loi déclarée conforme à la Constitution, car cette loi n'est pas à l'abri d'un contrôle de conventionnalité (*cf.* " l'affaire" des validations législatives - N. Molfessis, obs. *in* RDTC 1999 p 236 -). Il faut dire que selon la Commission EDH, « le fait que le Conseil constitutionnel prenne en compte un certains nombres de principes généraux (...) ne permet pas de décerner à sa décision un certificat de conformité avec les dispositions de la Convention » (rapport du 9 septembre 1997 dans l'affaire Zielinski c/ France).

³ J. Robert, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, RUDH 1995 p 269s, spéc. p 274. Pour un exemple : Cour EDH, 29-10-92, Open Door et autres c/ Irlande, RTDH 93 p 335s obs. F. Rigaux.

⁴ *Cf.* en particulier P. Gaïa, Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil Constitutionnel, RFDC 1996 p 725s, spéc. p 728.

⁵ D. Guggenheim, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, essai d'une théorie générale, LGDJ, 1970, p 65.

juridique ¹. Adoptant ce point de vue, M. Eisenmann qualifiait les actes juridiques d'actes « normateurs »² : bien que n'émanant pas d'une autorité publique, ils créent à leur échelle une réglementation de la conduite individuelle, en prescrivant ou permettant un comportement, en établissant des droits ou des obligations ³. Une grande partie de la doctrine s'est ralliée à cette conception, surtout pour caractériser le contrat comme « un acte productif de normes »⁴ et « une source infraétatique du droit »⁵. Semble ainsi écartée la critique traditionnelle tirée de l'absence de caractère général et abstrait, sans doute car ce n'est pas la caractéristique essentielle de la règle de droit ⁶. La convention conclue entre deux particuliers et le traité signé entre deux Rois se distinguent certes par le *domaine* de validité de la norme créée ⁷, mais le *principe* de la force créatrice de droit est le même. « L'effet relatif des contrats [article 1165 du Code civil] ne fait pas obstacle à leur normativité »⁸.

En outre, peu importe que l'acte juridique ne constitue une norme *qu'en vertu de la loi* (article 1134 du Code civil pour les conventions), c'est-à-dire qu'il ne s'impose pas de façon autonome ⁹. Il suffit d'admettre la théorie du pouvoir normatif délégué par la loi aux sujets de droit ¹⁰ : la force obligatoire vient moins de l'autonomie de la volonté que de la permission de

¹ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd. 1994, n^o 23 et 240. Sur le caractère innovant de cette théorie, v. N. Bobbio, *Kelsen et les sources du droit*, Arch. phil. droit 1982, t. 27, p 135s, spéc. p 141.

² P. Amssek, *L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann*, in *La pensée de Charles Eisenmann*, éd. Economica, 1986, p 31s, spéc. p 38. L'acte juridique est également qualifié de normateur dans les écrits de P. Amssek (*Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (essai de phénoménologie juridique)*, LGDJ, 1964, p 105).

³ Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ, 1983, p 348 et 512.

⁴ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Th. Paris, 1965, n^o 224. V. aussi J.-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz Connaissance du droit, 1996, p 23 : le contrat a une fonction normative. Egalement H. Blaise, à propos du contrat individuel de travail (*Les conventions de travail*, in L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, éd. Economica, 1987, p 49s, spéc. p 61).

⁵ Ch. Larroumet, *Droit civil, introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 3^e éd. 1998, n^o 183.

⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n^o 240. Egalement V. Pocar, in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ Story-Scientia, 1988, V^o Norme (en sociologie du droit). C'est le caractère impératif de la norme qui est essentiel : D. de Bechillon, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, RFDA 1992 p 15.

⁷ H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, Arch. phil. droit 1940 p 33s, spéc. p 75.

⁸ D. de Bechillon, art. précité.

⁹ Ch. Larroumet, *op. cit.*, n^o 23. V. aussi l'image de X. Martin, *Anthropologie et code Napoléon*, Bull. soc. fr. idées et hist. relig., n^o 1, 1984, p 39s, spéc. p 43 : « le contact des volontés individuelles ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée d'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs ».

¹⁰ J.-L. Aubert, *op. cit.*, p 27. Selon X. Labbé (*Introduction générale au droit, Pour une approche théorique*, PU du Septentrion, 1998, p 89), la volonté individuelle a été élevée *par le législateur* au rang des autorités investies

la loi ¹. C'est le droit objectif qui a décidé de conférer à l'action individuelle finalisée le caractère d'acte juridique ². Ledit acte tirera son caractère contraignant de sa conformité à la norme législative, tout comme la loi de sa conformité à la Constitution et aux traités ³.

C'est ici qu'il faut faire preuve d'une analyse logique, au demeurant très primaire : l'acte juridique est hiérarchiquement soumis à la loi ⁴, or la loi ne peut violer les normes situées au sommet de la pyramide. Il faut en déduire que l'acte juridique doit *a fortiori* respecter ces règles dominantes : sa validité en dépend ⁵. Les actes des particuliers ne sauraient donc s'écarter des droits les plus hauts de l'ordonnement juridique ; comme le législateur, les sujets de droit doivent à leur échelle tenir compte des idéaux de justice consacrés au sommet de la pyramide ⁶. Derrière cette construction toute théorique et souvent critiquée ⁷, se cache une réalité il est vrai plus contrastée.

§ 2 – Suprématie modulée des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes.

28- La suprématie verticale des droits fondamentaux constitutionnels sur les actes juridiques peut se trouver voilée par un obstacle traditionnel : l'écran législatif (A-). Au

du pouvoir de créer des normes. Cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7^e éd. 1999, n° 27, qui parlent de « pouvoir dérivé ».

¹ Sauf à considérer que l'autonomie de la volonté n'est précisément que le droit délégué par la loi aux individus « de déterminer le contenu des règles juridiques individuelles » : J. Maury, *Observations sur les idées du professeur H. Kelsen*, *Rev. crit. législation et jurisprudence* 1929, p 537s, spéc. p 546, citant Kelsen.

² Cf. Déjà A. Brinz (*Lehrbuch der Pandekten*, 1860), cité par A. Rieg, *Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle*, *Arch. phil. droit* 1968, t. XIII, p 31s, spéc. p 41.

³ Sur ce dernier point, cf. Ch. Larroumet, *op. cit.*, n° 24. Sur le système kelsénien qui caractérise la règle juridique par sa validité par rapport aux normes supérieures, cf. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^e éd. 1972, n° 149.

⁴ Pour le contrat, cf. sur ce point N. Molfessis, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées H. Capitant, Lille 1996, p 65s, spéc. p 91.

⁵ D. Guggenheim, *op. cit.*, p 66.

⁶ Cf. M. Djuvara, *L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques*, *Arch. phil. droit* 1940, p 110s, spéc. p 139. A rapprocher de J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, *Arch. phil. droit* 1981, t. 26, p 35 : un contrat est obligatoire dans la mesure où il est conforme aux impératifs de justice et d'utilité sociale.

⁷ On a pu ironiser sur ce principe de hiérarchie qui suppose que la norme supérieure « ait une pureté cristalline évinçant comme par enchantement toute règle inférieure incompatible » : F. Rigaux, *La loi des juges*, éd. O. Jacob, 1997, p 9. Cf. également M. Monin, *La hiérarchie des normes n'existe pas*, *D.* 1999 n° 30, *dern. actu.* p 1. Pour P. Morvan (*Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 662), « la pyramide des normes relève d'une géométrie séduisante mais spéieuse ». Selon Ph. Malaurie (*Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle*, in *Mélanges M. Cabrillac, Litec*, 1999, p 187s, spéc. p 191), la théorie est « étroite et inexacte ». La pyramide kelsénienne serait « boiteuse » (P. Amselek, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, *RDP* 1978 p 5), mais cette critique a elle-même été contestée (M. Troper, *La pyramide est toujours debout !*, réponse à Paul Amselek, *RDP* 1978 p 1523).

contraire les droits fondamentaux conventionnels régissent sans vicissitude apparente les normes qui leur sont inférieures. Celles-ci sont ainsi soumises à un contrôle de conventionnalité (**B-**). Il faut remarquer que ce contrôle peut être mis en œuvre à titre de palliatif lorsqu'un écran législatif empêche le contrôle de constitutionnalité de l'acte juridique privé¹. C'est pourquoi M. Jéol a pu parler à son sujet de technique de substitution².

A- Un obstacle traditionnel : l'écran législatif.

Cet obstacle s'explique par le refus classique du juge ordinaire de contrôler la constitutionnalité de la loi (**1/**), refus qui vit peut-être ses dernières heures (**2/**).

1/ Refus classique de contrôler la constitutionnalité de la loi.

29- Lorsqu'un acte juridique paraît contraire aux droits fondamentaux constitutionnels mais qu'il tient ce vice de la loi dont il n'est que la mise en œuvre, sanctionner la primauté de ces droits reviendrait en réalité à stigmatiser l'inconstitutionnalité de la loi promulguée. Il faut bien cerner cette hypothèse d'écran législatif : il n'est évidemment pas question ici d'une loi qui aurait transposé des droits fondamentaux, car en ce cas le relais législatif permettrait au contraire de garantir leur primauté par un simple contrôle de légalité au sens formel du terme. Il ne s'agit pas non plus de dire que l'article 1134 du Code civil fait écran entre un contrat et les normes constitutionnelles³, car ce texte ne comporte pas de dispositions de fond qui pourraient abriter ce contrat de la foudre constitutionnelle⁴ ; il ne fait que définir le cadre général de la liberté contractuelle⁵.

¹ B. Amar-Layani, *Le contrôle de constitutionnalité de l'acte juridique privé*, Th. Toulouse I, 1994.

² M. Jéol, *Les techniques de substitution*, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10-12-1994, PUAM, La documentation française, 1995, p 69.

³ Sur cette hypothèse, cf. N. Molfessis (Th. précitée, n° 617s), qui ne trouve pas d'autre justification pour tenter d'expliquer certains arrêts de la Cour de cassation qui font prévaloir les termes d'un contrat (portant atteinte à des droits fondamentaux) sur des principes constitutionnels. Cette attitude juridictionnelle semble plutôt s'apparenter à un refus idéologique de soumettre l'acte juridique à l'autorité de la Constitution.

⁴ L'article 1134 ne pourrait faire écran que s'il était lui-même attentatoire à des droits fondamentaux constitutionnels (ce qui aurait empêché le juge de confronter le contrat pris sur sa base aux normes constitutionnelles), or bien au contraire ce texte est en quête d'un statut constitutionnel (cf. *supra* n° 14).

⁵ Les rédacteurs du Code civil ont d'ailleurs entendu plus largement consacrer la liberté des actes juridiques (v. en ce sens F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, essai critique, LGDJ, 2° éd. 1954, nouveau tirage, t. II, n° 171).

L'écran législatif suppose une loi inconstitutionnelle. Le cas ne saurait se présenter fréquemment ; il faut se garder de suspecter systématiquement les lois d'inconstitutionnalité¹. A titre d'exemple, la loi du 31 décembre 1993 imposant aux associés minoritaires le rachat forcé de leurs actions, disposition souvent dénoncée comme constituant une expropriation pour cause d'utilité privée, contribue sans doute à la prospérité du marché boursier², à la bonne santé économique du pays, et répond en ce sens à un intérêt public³. Plus généralement, il est manifeste que les lois sont de plus en plus souvent soumises au Conseil Constitutionnel, et s'agissant des projets de loi, la mission consultative du Conseil d'Etat conduit celui-ci à exercer une veille constitutionnelle préventive. Il reste qu'un acte juridique pris sur le fondement d'une loi ayant échappé à ces filtres ne pourra pas subir l'influence des droits fondamentaux constitutionnels : le juge ordinaire, faute il est vrai d'une telle attribution de compétence, se refuse à contrôler ne serait-ce qu'indirectement la constitutionnalité de la loi⁴. L'argument traditionnellement avancé et tiré du respect de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire⁵, perd cependant de sa force dès lors que le juge ordinaire se reconnaît le pouvoir d'écarter une loi contraire à un traité.

2/ Un refus en sursis ?

Quand les circonstances le permettent et qu'il veut s'en donner la peine, le juge ordinaire peut contourner l'obstacle législatif en estimant cet écran transparent (*a-*). De façon beaucoup plus directe, est régulièrement agitée une réforme permettant d'écarter une loi promulguée mais inconstitutionnelle (*b-*).

¹ Une attitude mesurée s'impose dès lors que les droits fondamentaux constitutionnels ne sont point absolus (*cf. infra* n° 92s) et qu'une loi peut donc, à certaines conditions, les restreindre (*cf. infra* n° 145s).

² En ce sens : Paris 16-5-1995, GP 95, 3, 570, concl. Y. Jobard ; Rev. dr. bancaire 95, n° 50, p 149, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche.

³ La liquidité du marché est un intérêt public possible : M.-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, n. sous Com. 29-4-1997, D. 98 p 334s, spéc. n° 21.

⁴ Cass. 11-5-1833, S. 33, I, 157 ; 24-3-1833, D. 33, I, 231. CE 6-11-1936, Arrighi, S. 37, III, 33 concl. Latournerie et n. A. Mestre, D. 38, 3, 1 concl, et n. Ch. Eisenmann.

⁵ Par exemple, Aix-en-Provence 3-11-1995, Juris-Data n° 2460, qui se refuse « à mettre à mal la souveraineté du pouvoir législatif ».

a- L'écran législatif transparent.

30- En droit administratif, cette théorie suppose qu'un acte réglementaire, dont la constitutionnalité est mise en doute, a été pris sur le fondement d'une loi purement formelle qui se bornait à renvoyer à la compétence réglementaire. Dans ce cas, critiquer l'acte administratif ne revient pas à attaquer la loi, celle-ci pouvant être considérée comme "creuse"¹. Il semble possible d'assimiler cette hypothèse à celle où la loi qui paraît s'interposer est en réalité restée muette quant au respect des droits fondamentaux que l'on entend opposer à l'acte juridique. Cette loi silencieuse ne constituera pas un obstacle sérieux, ce qui permettra de confronter l'acte « à la lumière crue de la Constitution »². Un tel raisonnement n'est pas toujours accepté par le juge. L'affaire SOGENAL le montre bien.

31- Devant la Cour d'appel de Paris, les actionnaires minoritaires de la Société générale alsacienne estiment que la décision du Conseil des bourses de valeurs déclarant recevable le transfert forcé de leurs titres (retrait obligatoire) au groupe majoritaire Société générale, viole l'article 17 de la DDH. Les juges répondent que cette décision a été prise en application de la loi du 31 décembre 1993 et qu'il n'est pas dans leur pouvoir « de juger de la constitutionnalité de la disposition législative précitée »³. Cette soumission à l'écran législatif laisse sans réponse l'argumentation des plaideurs, qui se fondaient sur le caractère silencieux de la loi : celle-ci ne pouvait faire écran que si elle « dispensait expressément de constater la nécessité publique de priver les requérants de leur droit de propriété sur les actions »⁴.

Les juges parisiens avaient pourtant déjà eu l'occasion de se montrer plus conciliants. Dans une affaire Deverloy en effet, la Commission des opérations de bourse avait prononcé des sanctions administratives contre un dirigeant social et l'avait fait savoir par un communiqué de presse, comme l'y autorisait l'article 3, dernier alinéa, de l'ordonnance du 28 septembre 1967. Cette disposition étant muette quant au respect des garanties de la défense et

¹ Pour un exemple, CE 17-5-1991, Quintin, RDP 91 p 1429 concl. R. Abraham.

² M. Jéol, art. précité, p 75.

³ Paris 16-5-1995, précité. Pour une attitude identique : Paris 3-7-1998, Géniteau c/ soc. Elyo (JCP 99, II, 10008 n. J.-J. Daigre), qui refuse de juger de la constitutionnalité de la loi du 2 juillet 1996 sous couvert d'un recours en annulation contre une décision individuelle prise par le Conseil des marchés financiers.

⁴ L'argument ne sera pas repris devant la Cour de cassation (v. Com. 29-4-1997, D. 98 p 334 n. M.-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum ; Bull. Joly Bourse 97 p 391 n. L. Faugérolas, qui estime que l'argument « n'avait aucune chance de prospérer », sans toutefois tenir compte du caractère silencieux de la loi). La nécessité de justifier au cas par cas, *in concreto*, l'utilité publique de l'opération a certes été niée au fond (Paris 3-7-1998, précité), et la Cour de cassation n'y a pas vu une méconnaissance de l'article 1 du 1er protocole additionnel à la CEDH (Com. 17-7-2001, D. affaires 2001 p 2749 obs. M. Boizard).

de la présomption d'innocence ¹, la Cour de Paris décide sans aucune retenue que la COB ne pouvait user de sa faculté « dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis »². C'était bien là faire prévaloir des droits fondamentaux constitutionnels ³, nonobstant la présence d'une loi.

Un dernier exemple du contournement de l'écran législatif sera puisé dans le droit des sociétés. Le président du conseil d'administration d'une société anonyme est révocable à tout moment, en vertu de l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966 (art. L. 225-47 du Code de commerce). Les termes lapidaires de la loi ont conduit la jurisprudence à poser la règle de la révocabilité *ad nutum* : il n'y a pas à justifier de motifs ⁴. Peut-on dès lors soumettre une telle révocation au respect du principe du contradictoire (corollaire du respect des droits de la défense ⁵, eux-mêmes élevés au rang de PFR par le Conseil Constitutionnel ⁶), principe dont le domaine ne se limite pas aux procédures juridictionnelles ⁷ ? Autrement dit, la loi fait-elle écran ? Elle semble en réalité trop peu prolix pour cela. Elle n'a pas vraiment envisagé la question, de sorte qu'elle ne saurait abriter une révocation violant des droits fondamentaux constitutionnels.

Dans ces circonstances, le juge est à même de donner à la loi les effets qu'il estime convenable de lui reconnaître au regard de l'exigence du contradictoire ; par une « interprétation-correction », il peut ajouter l'antidote manquant pour que soit respecté le droit

¹ Certes, et la Cour de Paris le mentionne, une disposition voisine (l'article 9-2 de l'ordonnance de 1967) exige que les sanctions pécuniaires soient prononcées après une procédure contradictoire. Cela a manifestement inspiré et conforté les juges pour se prononcer en l'espèce, sans rien enlever cependant à l'innovation de la décision.

² Paris 15-1-1993, JCP 93 éd. E, 414, n. M. Dobkine ; Rev. dr. bancaire et bourse 93 p 93 n° 6 obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche. Avec les décisions *Oury* (Com. 1-12-1998, JCP 99, II, 10057 n. E. Garaud ; Ass. Plé. 5-2-1999, JCP 99, II, 10060 n. H. Matsopoulou), l'applicabilité des garanties procédurales aux sanctions des infractions boursières prononcées par la COB est fondée sur l'art. 6 de la CEDH. En outre, deux décrets en date du 1^{er} août 2000 ont complété le dispositif légal : v. J.-J. Daigre, La nouvelle procédure de sanction de la COB, JCP 2000, éd. E, p 1602.

³ La présomption d'innocence est garantie à l'article 9 de la DDH.

⁴ Com. 20-12-1966, Bull. civ. III n° 495. Cf. J.-L. Aubert, La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales, RTDCom 1968 p 977.

⁵ CC 29-12-1989, Rec. p 110. Th. Renoux, in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), Dictionnaire constitutionnel, PUF, 1992, V° Droits de la défense.

⁶ CC 2-12-1976, Prévention des accidents du travail, RDP 78 p 817 n. L. Favoreu.

⁷ V. implicitement CC 18-1-1978, Contre-visite médicale, RDP 78 p 834 n. L. Favoreu. V. aussi M.-A. Frison-Roche, Généralités sur le principe du contradictoire, Th. Paris II, 1988, n° 199 : le principe s'applique à tout « processus qui aboutit à une décision prise par un tiers qui a pouvoir de l'imposer à un individu qui risque d'en être atteint ». Pour M.-C. Sordino (Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme, in Mélanges Ch. Mouly, Litec, 1998, Livre II, p 245s, spéc. p 253), le principe du contradictoire a vocation à s'appliquer « dès lors qu'il est question de rechercher la justice ».

fondamental considéré ¹. C'est en tout cas une analyse possible pour expliquer que la jurisprudence pourchasse désormais les révocations de dirigeants intervenues sans qu'ils aient été mis en mesure de présenter préalablement leurs observations ², tendance qui n'est d'ailleurs guère nouvelle ³. Cette position jurisprudentielle fait l'objet de critiques : pour M. Reigné, « l'obligation de respecter les droits de la défense détruirait le mécanisme même de la révocabilité *ad nutum* »⁴. La charge est sévère et, sur ce point précis, il n'est même pas sûr que l'adoption de l'exception d'inconstitutionnalité permettrait de concilier les points de vue.

b- Vers l'exception d'inconstitutionnalité ?

32- Il était proposé d'insérer dans la Constitution un article 61-1 ainsi rédigé : « les dispositions de loi qui portent atteinte aux droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil Constitutionnel par voie d'exception à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction »⁵. Cela aurait permis de « crever » l'écran⁶ afin qu'il ne soit plus un obstacle à la primauté des droits fondamentaux constitutionnels sur les actes juridiques. Il faut relever que c'était le Conseil Constitutionnel qui devait se prononcer sur la conformité de la loi, le juge ordinaire se cantonnant à un rôle de

¹ Nous appliquons librement à l'exemple étudié les propos généraux de E. Picard (Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, Rev. administrative 1999, n° spécial, Evolution et révolution du contentieux administratif, p 15s, spéc. p 44).

² Com. 26-4-1994, Pesnelle, JCP 94, 3795 n° 8 obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, JCP 95, II, 22369 n. D. Gibirila, BJ 94 p 831 n. P. Le Cannu, Rép. Def. 94 p 1029 obs. J. Honorat, Rev. des sociétés 94 p 725 n. D. Cohen, RTDCom 94 p 736 obs. B. Petit et Y. Reinhard, RF compt. 94 n° 259 p 38 n. Ph. Reigné. Sur la question : J.-P. Bertrel, La cohabitation de la révocabilité *ad nutum* et du contradictoire, une nouvelle illustration de la "théorie du juste milieu" en droit des sociétés, Dr. et Patrimoine 1998, n° 64, p 74 ; B. Daille-Duclos, L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires : le développement du devoir d'information, du devoir de loyauté et du respect des droits de la défense, JCP 2000 éd. E p 1990.

³ V. déjà Rennes 25-4-1972, Rev. des sociétés 74 p 101 n. M.-A. Coudert : la révocation de l'administrateur est abusive s'il a été mis dans l'impossibilité de se défendre. La Cour de cassation avait cependant approuvé une Cour d'appel (Angers 22-2-1983, Baudot, Rev. sociétés 83 p 782 n. R. Plaisant) ayant décidé qu'aucune disposition légale n'imposait que la révocation d'un membre du directoire soit précédée de la convocation de ce dernier afin qu'il puisse présenter ses explications et sa défense : Com. 17-7-1984 (Rev. sociétés 84 p 791 n. J. Guyénot ; également in Y. Chartier et J. Mestre, Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés, éd. PUF, 1988, p 208).

⁴ P. Reigné, Révocabilité *ad nutum* et faute de la société, Rev. des sociétés 1991 p 499, n°12. Cf. également B. Saintourens : « la concrétisation du respect du principe de la contradiction introduit inévitablement la prise en compte des motifs de la révocation (...) » (n. sous Civ. 3°, 6-1-1999, Rev. des sociétés 99 p 380s, spéc. p 385).

⁵ Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par G. Vedel, Propositions pour une révision de la Constitution. 15 février 1993, La documentation française, 1993, p 77 et 98.

⁶ Selon l'expression de P. Culié, L'application des normes constitutionnelles et des normes internationales et européennes : concurrence ou complémentarité, les normes, in La Cour de cassation et la Constitution de la République, précité, p 245s, spéc. p 249.

filtrage des demandes manifestement non fondées ¹. Le projet n'a pas abouti, les sénateurs craignant de dévaloriser un peu plus le statut de la loi, et refusant d'accroître encore davantage le pouvoir du juge constitutionnel. La possibilité d'un écran demeure donc toujours, même si du fait de la convergence de contenu entre les sources constitutionnelles et conventionnelles de droits fondamentaux, le contrôle de conformité par rapport aux traités peut être considéré comme un palliatif.

B- Une technique de substitution : le contrôle de conventionnalité.

La primauté des droits fondamentaux conventionnels sur les normes inférieures ne semble pas connaître de restrictions. Il est ainsi admis que la loi soit contrôlée par rapport aux traités (**1/**). La mise en œuvre de ce contrôle peut réserver des déceptions (**2/**).

1/ Admission.

33- La supériorité des traités sur les lois même postérieures est aujourd'hui admise sans réticence. On en connaît les jalons : en tant que juge de la constitutionnalité de la loi, le Conseil Constitutionnel refuse d'abord de censurer la violation d'un traité ². Le juge judiciaire comprend aussitôt qu'il est de sa compétence d'exercer un tel contrôle de conventionnalité ³, ce que le Conseil d'Etat n'admet qu'un peu plus tard ⁴. Les traités véhiculant des droits fondamentaux l'emportent donc sur les normes inférieures, loi ou acte juridique. Le juge ordinaire peut écarter ces normes si elles y contreviennent. La solution s'imposait à l'égard du droit communautaire au vu de l'arrêt Costa rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes ⁵. Il faut d'ailleurs remarquer que le juge interne sera d'autant plus incité à mettre en œuvre ce contrôle si une juridiction supranationale intervient après coup pour contrôler que l'Etat respecte bien ses engagements. A cet égard, les constatations du Comité

¹ Aussi serait-il juridiquement plus exact de parler de « question préjudicielle de constitutionnalité » : Th. Renoux, L'exception telle est la question, RFDC 1990 p 651.

² CC 15-1- 1975, Interruption volontaire de grossesse, RDP 75 p 185 n. L. Favoreu et L. Philip.

³ Cass. ch. mixte 24-5-1975, Cafés Jacques Vabre, précité. En faisant prévaloir le traité (de Rome) sur une loi postérieure, cet arrêt marque l'abandon de la doctrine Matter (concl. sur Civ. 22-12-1931, D. 32, 1, 131).

⁴ CE 20-10-1989, Nicolo, RFDA 89 p 813 concl. P. Frydman et n. B. Genevois.

⁵ CJCE 15-7-1964, Costa c/ E.N.E.L. (Rec. p 1141 concl. M Lagrange, JDI 64 p 697 n. R. Kovar), qui affirme « l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure (...) ».

des droits de l'homme quant aux violations du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, n'ont évidemment pas le même poids que les condamnations infamantes prononcées à Strasbourg ou les astreintes ordonnées à Luxembourg.

2/ Mise en œuvre.

Le contrôle de conventionnalité de la loi peut parfois décevoir en ce qu'il semble souvent effectué comme à regret, et surtout pour donner tort aux plaideurs qui l'avaient sollicité. Le juge se montre généralement peu prolix : il n'explicite guère son raisonnement (a-). Le nécessaire respect du champ d'application des dispositions supranationales sources de droits fondamentaux peut par ailleurs limiter l'influence de ces derniers (b-).

a- Le caractère succinct de la motivation.

34- L'exemple de la CEDH, ratifiée par la France en 1974, paraît le plus pertinent. Dans l'arrêt *Respino*, qui constitue la première évocation de cette convention par la Cour de cassation, celle-ci se contente de relever que « les dispositions du Code de procédure pénale *ne sont pas incompatibles* avec les termes des articles 5 et 6 » de la norme européenne ¹. De même, dans la première application de la CEDH par une chambre non répressive de la Cour suprême, le fait que la procédure de l'article 101 du décret du 22 décembre 1967 sur la faillite personnelle *ne soit pas contraire* à l'article 6 de la Convention est affirmé sans motivation aucune ². Ces exemples, outre qu'ils montrent que le contrôle ne recherche pas une conformité stricte, comme la marge d'appréciation laissée aux Etats par la Cour européenne des droits de l'homme semble le permettre, révèlent que le juge judiciaire ne s'investit que faiblement dans sa mission de contrôle ³. Les autres juridictions ne sont d'ailleurs pas plus prolixes ⁴, sauf lorsqu'il s'agit concrètement d'évincer la loi interne. Pour stigmatiser les dispositions législatives du Code rural imposant aux petits propriétaires de faire apport de

¹ Crim 3-6-1975, Bull. n° 141, RSC 76 p 140 obs. J. Robert.

² Com 17-3-1981, Bull. n° 147. Pour des formules identiques, cf. Com 20-11-1984 (Bull. IV n° 315), Soc 15-2-1995, Bathelot (Bull. V n° 58, arrêt n° 1).

³ Cf. M. Fabre, L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux, LPA 2-8-1996, p 4s, qui relève que bien souvent le juge reproduit le paragraphe 2 d'un article de la convention et se contente d'affirmer : « tel est bien le cas du texte législatif en cause ». Pour un cas typique : Crim 14-6-2000, D. 2000, IR p 232.

⁴ V. le Conseil Constitutionnel en tant que juge de l'élection : CC 21-10-1988, 5° circonscription du Val d'Oise, D. 89 p 285 n. F. Luchaire. Pour un exemple devant le juge administratif : CE 19-1-1990, Société française de revues, AJDA 90 p 124.

leurs terrains aux associations communales de chasse agréées (ACCA) et de laisser les membres de ces dernières chasser sur leurs propriétés, le Conseil d'Etat explique qu'il existait d'autres moyens permettant de réaliser les objectifs louables poursuivis par la loi, sans qu'il soit porté une atteinte aussi importante, répétée et prolongée au droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la CEDH ¹.

Lorsque le juge rejette sommairement l'argumentation des plaideurs, il faut sans doute y voir une stratégie nationaliste « d'endiguement » à l'égard de la convention ², même si « c'est le caractère un peu concis et ramassé de la rédaction des arrêts » qui donne cette impression ³ : dans les faits, le juge peut très bien avoir longuement étudié la compatibilité de la règle interne avec les droits fondamentaux conventionnels. Sa bonne volonté se sera le cas échéant heurtée au champ d'application de la norme internationale.

b- La limite du champ d'application de la norme conventionnelle.

35- Ce frein à la suprématie des droits fondamentaux conventionnels se vérifie particulièrement à l'égard du droit communautaire. Si les traités fondateurs de l'Union européenne consacrent certaines prérogatives des plus essentielles ⁴, ils n'ont entendu les sauvegarder que dans les domaines d'intervention des Communautés. De même, lorsque la Cour de justice consacre des droits fondamentaux ⁵, elle n'en impose le respect à une disposition de droit interne que si une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire ⁶. Ce n'est donc qu'à cette condition que le juge national doit soumettre une norme interne à la primauté du bloc de fundamentalité communautaire.

¹ CE 27-10-2000, Vignon, D. 2000 IR p 283. La condamnation de la France par l'arrêt Chassagnou (Cour EDH 29-4-1999, AJDA 99 p 922 n. F. Priet ; RTDC 99 p 915 obs. J.-P. Marguénaud ; RTDC 2000 p 360 obs. Th. Revet ; J. Foyer, La condamnation de la loi Verdeille par la Cour EDH, *in* Mélanges J.-Cl. Soyer, LGDJ, 2000, p 195) n'est évidemment pas étrangère à la position adoptée par le Conseil d'Etat. La loi du 26 juillet 2000 (D. 2000 p 349) a supprimé l'adhésion forcée aux ACCA.

² R. de Gouttes, Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances..., RTDH 1995 p 605s.

³ R. Abraham, Discussion, *in* Le juge administratif français et la CEDH, colloque Montpellier des 14 et 15-12-1990, RUDH 91 p 289s, spéc. p 372.

⁴ Liberté d'aller et de venir, liberté d'établissement, droit à ne pas subir de discriminations en raison de la nationalité...

⁵ V. la liste dressée par J.-G. Huglo, Concurrence et complémentarité des normes internationales et européennes, Les droits fondamentaux, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, précité, p 256.

⁶ CJCE 18-6-1991, E.R.T., Rec. I p 2925 concl. C. O. Lenz, § 42. V. déjà CJCE 11-7-1985, Cinéthèque (Rec. p 2605) ; 30-9-1987, Demirel (Rec. p 3719).

On s'est néanmoins demandé s'il ne devait pas également être conduit à le faire dans le cas où cette norme ne touche en rien aux domaines couverts par le droit de l'Union ¹. L'importance pour la souveraineté des institutions françaises de continuer à déterminer leur système de normes militait pour que le juge ne franchisse pas cette étape. Selon M. Sudre, les données du problème risquent néanmoins d'être modifiées avec le traité d'Amsterdam : dès lors que la compétence de la Cour de Luxembourg en matière de protection des droits fondamentaux y est affirmée ² (article 46, alinéa c, du traité sur l'Union Européenne, version consolidée), la question de savoir si une réglementation nationale portant atteinte aux droits fondamentaux se situe ou non dans le cadre du droit communautaire paraît « privée de sens »³. Plus globalement, la dynamique du droit communautaire des droits fondamentaux se laissera-t-elle enfermer par ce critère du champ d'application du droit de l'Union ? On peut en douter ⁴. L'attitude à adopter pour le juge interne pourrait donc être elle-même modifiée.

36- La limite tirée du champ d'application de la norme conventionnelle joue également pour la CEDH. Cela est particulièrement net pour son article 14 qui, jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 ⁵, interdit seulement les discriminations dans la jouissance des droits *garantis par la Convention* ⁶ : il suffit que la CEDH n'ait pas reconnu le droit fondamental en jeu pour que la discrimination dans son exercice ne puisse pas être sanctionnée ⁷. « Même si elle est bien "achalandée", la Convention européenne n'est pas la Samaritaine, on n'y trouve pas tout ! »¹

¹ P. Bonassies, Une nouvelle source doctrinale du droit français : la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, in Etudes offertes à P. Kayser, t. 1, PUAM, 1979, p 43s, spéc. p 60 à 63.

² Ce qui met fin à « la situation ridicule que consacrait le traité de Maastricht », à savoir « la soustraction de la protection des droits fondamentaux à la compétence de la Cour qui avait spontanément élaboré les termes mêmes dans lesquels ils étaient proclamés... » : P. Wachsmann, Les droits de l'homme, RTDE 1997, n° 4 (spécial Traité d'Amsterdam), p 883s, spéc. p 889.

³ F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?, JCP 1999, I, 100, p 14. Sur le même thème, O. de Schutter, Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, in Y. Lejeune (coord.), Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions, Bruylant Bruxelles, 1998, p 153s. Cf. également J.-F. Renucci, Union européenne des droits de l'homme : les enjeux du Traité d'Amsterdam, Rev. pénitentiaire et dr. pénal 1998 p 326s.

⁴ F. Sudre, Introduction, in Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999.

⁵ Ce protocole, adopté par le Comité des Ministres le 26 juin 2000, prévoit que la jouissance de « tout droit prévu par la loi » doit être assurée sans discrimination aucune fondée sur quelque situation que ce soit.

⁶ En ce sens, Th. Garé, n. sous TGI Rochefort-sur-Mer, ord. J.A.M., 27-3-1992, JCP 92, II, 21885. Cf. Cour EDH 16-9-1996, Gaygusuz c/ Autriche, § 36 : l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une des clauses de la Convention.

⁷ Cependant, dans certains arrêts de la Cour, on se rapproche presque de « l'autonomisation » de l'article 14. En ce sens, v. les observations de F. Sudre, La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits

Il faut enfin remarquer que l'étroitesse du champ d'application d'une norme conventionnelle est parfois exploitée à dessein par le juge. Ainsi dans l'affaire Mazurek, la Cour de cassation a pu déclarer étrangère à la cause la convention de New York sur les droits de l'enfant car celle-ci ne concerne que l'enfant mineur². Cet argument lui permet d'éviter d'avoir à se prononcer sur l'épineux problème de l'effet direct de ce texte³.

Section 2° : Effet direct des droits fondamentaux.

37- Il faut entendre par effet direct l'aptitude à pouvoir être invoqué devant les tribunaux, c'est-à-dire à ouvrir des droits qui peuvent être utilement revendiqués en justice, le cas échéant pour critiquer les actes juridiques qui y porteraient atteinte. L'arrêt Van Gend en Loos évoquait la capacité de produire des effets immédiats et d'engendrer « des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder »⁴. Dans son acception première, l'effet direct permet à un simple particulier de se prévaloir de prérogatives à l'encontre de l'Etat⁵, d'où l'expression d'effet direct vertical.

La reconnaissance de l'effet direct des droits fondamentaux peut paraître évidente. Ainsi lors de l'élaboration de la Loi Fondamentale allemande, les droits fondamentaux furent précisément caractérisés « comme des droits subjectifs invocables à l'appui d'une action en justice »⁶. A la différence des droits de l'homme qui renvoient à un système de valeurs structurelles quelque peu abstraites, les droits fondamentaux caractérisent ainsi des

de l'homme, *in* Les nouveaux droits de l'homme en Europe, Congrès des 29/ 30/31-5-1997, Baléares, Bruylant Bruxelles, 1999, p 103s, spéc. p 121.

¹ M. Jéol, art. précité, p 72.

² Civ. 1°, 25-6-1996, JCP 97, I, 3996, n° 1 obs. J. Rubellin-Devichi ; *ibid.*, II, 22834, n. Ph. Malaurie ; Dr. famille 96 comm. n° 26 n. B. Beignier ; RTDC 96 p 873 obs. J. Hauser ; *ibid.* 97 p 542 obs. J.-P. Marguénaud ; Rép. Def. 97 p 310 obs. J. Massip ; D. 97, SC p 275, obs. F. Dekeuwer-Defossez.

³ V. en ce sens D. Alland, L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?, RGDIP 1998 p 203s, spéc. p 216 à 218. On peut au contraire, suivant une « exégèse aventureuse », estimer qu'en se fondant sur le champ d'application de la Convention, la Cour a entendu lui imprimer un effet direct, modifiant ainsi sa jurisprudence antérieure (sur laquelle v. *infra* n° 41) : en ce sens, F. Dekeuwer-Defossez, obs. précitées.

⁴ CJCE 5-2-1963, Van Gend en Loos, Rec. p 1 concl. K. Roemer ; J. Boulouis et R.-M. Chevallier, Grands arrêts de la CJCE, t. 1, Dalloz, 6° éd. 1994, p 130.

⁵ Entendu au sens large, l'effet direct peut concerner une règle formulant une simple interdiction à la charge de l'Etat et permettant ainsi seulement de demander au juge de ne pas appliquer une mesure *étatique* qui la transgresse (v. sur ce point Ch. Dominice, L'individu, la coutume internationale et le juge national, *in* Mélanges R. Pelloux, éd. L'Hermès, 1980, p 193s, spéc. p 199).

⁶ Ch. Starck, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux, RDP 1988 p 1263s, spéc. p 1274.

prérogatives conférées aux individus et placées sous la protection du juge ¹. Il conviendra d'étudier plus précisément les conditions de l'effet direct (§ I), et son acceptation par les juridictions (§ II).

§ I – Conditions de l'effet direct des droits fondamentaux.

Il va de soi qu'une loi peut être invoquée devant le juge pour s'opposer à tel ou tel acte juridique qui y contreviendrait... Le relais législatif d'une prérogative par ailleurs consacrée par une source plus haute présente donc un avantage certain pour le plaideur ². Par exemple, l'argument tiré de la violation du droit au respect de la vie privée et fondé sur l'article 9 du Code civil ne soulève aucune difficulté de principe. Au contraire, l'effet direct d'un droit fondamental conventionnel suppose que le traité réponde à certains critères (A-), qui ne sont pas totalement aptes à gouverner les droits fondamentaux constitutionnels (B-).

A- Critères traditionnels appliqués aux traités.

Trois paramètres cumulatifs permettent de doter un traité de l'effet direct : son intégration dans l'ordre juridique interne (1/), l'intention des Etats contractants (2/), et son caractère « self-executing » (3/). Pris globalement, les deux derniers critères reviennent à examiner les qualités propres de la norme internationale ³, que l'on détermine par un faisceau d'indices ⁴.

1/ L'intégration dans l'ordre juridique interne.

38- Cette première condition se rapporte en quelque sorte à l'accueil réservé au droit international par l'ordre juridique interne. Le système juridique français, moniste, intègre le premier au second, dès lors que les conditions posées par l'article 55 de la Constitution sont

¹ En ce sens : J.-F. Akandji-Kombé, Le développement des droits fondamentaux dans les traités, *in* L'Union européenne et les droits fondamentaux, Journée CEDECE Caen 7-5-1998, Bruylant Bruxelles, 1999, p 31s, spéc. p 46 et 53 (l'auteur parle de droits subjectifs).

² Cf. déjà *supra* n° 10 et 20.

³ F. Sudre, La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux, *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 6° éd. 2000, n° 50s, spéc. n° 58. Cf. aussi J.-J. Israel, *op. cit.*, p 228s.

⁴ D. Alland, *loc. cit.*, p 221.

réunies : la norme internationale s'incorpore directement au droit interne, par le simple jeu des dispositions constitutionnelles ¹. Il se distingue en ce sens des systèmes dualistes, comme celui de l'Angleterre, où les traités, même ratifiés, ne font partie du droit interne que s'ils ont été introduits par une loi ; à défaut, ils ne peuvent être invoqués devant une juridiction pour critiquer un acte juridique contraire ².

On comprend ainsi qu'en France ce critère s'avère impropre à sélectionner parmi les traités ceux qui sont dotés d'un effet direct. D'où la nécessité de faire appel à des indices complémentaires.

2/ L'intention des Etats contractants.

39- Il paraît normal d'attacher quelque importance à la volonté initiale des rédacteurs d'un traité. L'objectif est ici de rechercher si ces derniers, outre s'obliger mutuellement entre Etats, avaient ou non l'intention de créer des droits au profit des individus. Le fait que le traité ait pour destinataire les simples particuliers ne saurait constituer le principe : un contrat est avant tout source d'obligations entre les parties qui l'ont conclu ³. Ce n'est donc qu'au cas par cas que ce critère subjectif doit être examiné.

S'agissant de la CEDH, certains indices textuels militent en faveur de l'effet direct. Ainsi la plupart des articles débutent par « toute personne a droit », rédaction qui a semblé plus encline à ouvrir des droits aux particuliers que la formule « les Etats s'engagent ». Certes, l'article 1 se lit « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent* à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », mais la Cour européenne a retourné ce texte en faveur de l'effet direct : « en substituant le mot "reconnaissent" à "s'engagent à reconnaître" dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer (...) que les droits et libertés du titre I seraient **directement reconnus** à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants »⁴.

¹ F. Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, PUF Droit fondamental, 4^e éd. 1999, n^o 105.

² S. Marks, La protection internationale de la personne : point de vue de la Common Law, in La personne humaine, sujet de droit, 4^e Journées R. Savatier, Poitiers, 25 et 26-3-1993, PUF 1994, p 207s, spéc. p 210.

³ P. Mayer, L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *op. cit.*, p 250. Cf. la formule de T. civ. Bruxelles, 23-3-1990, Journal Trib. 91 p 114 : « en principe il est présumé que la règle d'un traité n'engendre des droits et obligations que pour les Etats signataires et non pour les ressortissants ».

⁴ Cour EDH 18-1-1978, Irlande c/ Royaume Uni, CDE 79 p 465, obs. G. Cohen-Jonathan ; Clunet 80 p 449, n. P. Rolland. Au contraire, la Charte sociale européenne énonçant que les Etats « s'engagent à respecter » les droits, on y verra l'indice qu'elle ne s'adresse pas aux individus : en ce sens, F. Sudre, *op. cit.*, *ead. loc.* Sur le fait que la Charte ne crée pas de droits au profit des justiciables, v. également M.-J. Redor, La société démocratique européenne, in Questions sur le droit européen, Colloque Caen 23-2-1996, PUC, 1996, p 69s, spéc. p 74. Le

Il est permis de mentionner un autre argument révélateur de l'intention des parties : le système européen impose, au titre de l'épuisement des voies de recours internes, que les dispositions de la Convention aient été invoquées devant la juridiction nationale ¹. Comment pourraient-elles l'être si les droits garantis n'étaient pas directement invocables en droit interne pour contester un acte juridique violant la CEDH ?

40- La recherche de l'intention des parties dans les termes d'une disposition internationale peut au contraire aboutir à lui dénier un quelconque effet direct. Ainsi les rédacteurs de la DUDH, dont on sait déjà que n'étant pas un traité, elle ne bénéficie pas de la primauté, n'avaient de toute façon pas l'ambition d'en faire un texte invocable en justice : ainsi son article 8 ne prévoit un droit au recours que contre les actes violant un droit fondamental *reconnu par la Constitution ou par la loi*. C'est bien la preuve que les dispositions de cette déclaration ne peuvent être, elles, le soutien d'une prérogative devant le juge ². A l'inverse, l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantit « que toute personne dont les droits et libertés reconnus *dans le présent Pacte* auront été violés disposera d'un recours utile (...) » ; cela postule que ces droits peuvent être invoqués en justice pour attaquer un acte juridique leur portant atteinte.

3/ Le caractère « self-executing ».

41- A la différence de la précédente, cette troisième condition paraît beaucoup plus objective : il s'agira ici de savoir si les termes du traité sont suffisamment complets et précis pour faire naître à eux seuls un droit fondamental. La disposition invoquée se suffit-elle à elle-même, ce qui permet de l'opposer directement à un acte juridique contraire, ou est-elle au contraire subordonnée pour « sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne »³ ? C'est en pratique cette seconde proposition qui peut l'emporter dans notre matière, car si le caractère « self-executing » semble aller de soi pour une obligation de ne pas faire, il risque d'être

Comité européen des droits sociaux lui-même considère par exemple que « la Charte ne garantit pas un emploi à chaque individu mais oblige les Etats à avoir pour objectif le plein emploi » (Conclusions XV-1 (1997-1998), Lettre d'information de la CSE du Conseil de l'Europe, n° 13, mai 2000).

¹ Des arguments équivalant *en substance* à la dénonciation d'une violation des droits garantis par la Convention peuvent suffire : Cour EDH 19-3-1991, Cardot c/ France, D. 92 p 177 n. J.-F. Flauss.

² Il faut cependant relever, cette fois en faveur de la Déclaration, que ses dispositions peuvent être prises en compte par la Cour EDH afin de démontrer le « degré croissant de consensus » en faveur de la reconnaissance d'une prérogative (v. s'agissant de la liberté d'association négative : Cour EDH 30-6-1993, Sigurdur A. Sigurjonsson, § 35, D. 94 p 182 n. J.-P. Marguénaud).

³ CJCE 5-2-1963, Van Gend en Loos, précité. Cf. aussi M. Domingo, concl. sur Paris 27-1-1992, RJS 93 p 409, qui parle de « la médiation d'une loi ou d'un règlement de droit interne ».

rédhibitoire lorsqu'il s'agit de reconnaître la consécration positive d'un droit. Il faut se méfier des énumérations quelque peu idylliques et de la générosité purement verbale ¹.

Ainsi force est de constater que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) fourmille surtout de dispositions programmatiques, dénuées donc d'effet direct : l'article 6 reconnaît le droit au travail ² mais c'est surtout pour énoncer que les Etats parties prendront des mesures d'orientation et de formation professionnelle, élaboreront des programmes de développement économique... De même, « le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim » (article 11-2) ne scelle que l'adoption de programmes d'amélioration des méthodes de production... Il faut avouer que le Comité de contrôle du PIDESC se montre beaucoup moins réservé : il précise que, contrairement aux apparences, le Pacte impose des obligations de « hard law » et réserve la possibilité d'un effet direct ³...

Le raisonnement est le même pour la Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) : quand l'article 4 énonce que « les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention », il ne semble pas militer en faveur de l'effet direct ⁴ ; mais cela ne justifiait pas selon la doctrine d'affirmer *de façon générale* que ce traité n'était pas directement applicable en droit interne ⁵. Certains estiment ainsi que son article 13 (l'enfant a droit à la liberté d'expression...) et son article 16 (nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance...) sont « auto-exécutoires »⁶. Les articles 10 et 8 de la CEDH semblent de

¹ M. Merle, La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RDP 1951 p 705s, spéc. p 709. L'auteur stigmatise ici la DUDH.

² Sur ce droit, v. J.-J. Friboulet, Le droit au travail, droit fondamental de la personne ou utopie sociale, *in* M. Borghi et P. Meyer-Bisch (éd.), *Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune*, Univ. Fribourg Suisse, 1998, p 233.

³ Rapporté par J.-F. Flauss, La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, *in* La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg des 29-30-31/5/1997, éd. A. Pédone, 1998, p 11s, spéc. p 30. Le Comité défend son outil de travail ; il ne dispose pas, à la différence du juge interne, de plusieurs sources de droits fondamentaux.

⁴ V. ainsi Civ. 1^o, 15-7-1993, D. 94 p 191 n. J. Massip ; JCP 94, II, 22219 n. Y. Benhamou.

⁵ Civ. 1^o, 10-3-1993, Lejeune, D. 93 p 361 n. J. Massip. Cf. C. Neirinck et P.M. Martin, Un traité bien maltraité, A propos de l'arrêt Lejeune, JCP 93, I, 3677 ; M.C. Rondeau-Rivier, La Convention des Nations Unies devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu, D. 93 chron. 203.

⁶ K. Deguy, Les difficultés d'application en France de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, Mémoire Limoges, 1995, p 65. Dans un arrêt *Demirpençe*, le Conseil d'Etat (10-3-1995, D. 95 p 617 n. Y. Benhamou) a jugé qu'une décision préfectorale n'infligeait pas au droit au respect de la vie familiale une atteinte disproportionnée, et ne méconnaissait donc ni l'art. 8 CEDH, ni l'art. 16 CIDE, ni l'art. 17 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

toute façon suffisants pour accorder de tels droits à l'enfant, car ce dernier est bien une « personne » destinataire des prérogatives garanties par le texte européen. On peut en ce sens douter de l'intérêt de distinguer au sein des droits fondamentaux attachés à la personne humaine, ceux attachés à l'enfant, en tout cas dans la perspective d'une invocation à l'encontre d'un acte juridique contraire.

42- Si l'on en vient au statut de la CEDH, force est de constater que « pour le juge européen toutes les normes de la Convention sont techniquement aptes à être directement appliquées »¹. La Cour EDH a ainsi jugé que la règle résultant de la combinaison des articles 8 et 14, et prohibant en matière successorale une discrimination fondée sur le caractère naturel de la filiation, n'est « ni imprécise ni incomplète »². On a même été jusqu'à dire que toutes les dispositions matérielles de la Convention étaient directement applicables, « quel que soit leur plus ou moins grand degré de précision »³. Au résultat, cette affirmation est juste et devrait notamment inciter les professionnels à rayer de leurs contrats toutes les clauses suspectes au regard du texte européen⁴. Il ne faut cependant pas croire que la CEDH ait échappé par quelque avantage à la vérification de son caractère « self-executing ». C'est seulement après examen que son effet direct a été consacré.

La question se pose de savoir si la grille d'examen envisagée se révèle adaptée pour se prononcer à l'égard des droits fondamentaux constitutionnels.

B- Cas particulier des droits fondamentaux constitutionnels.

43- Il est manifeste que les critères posés pour les traités s'appliquent difficilement aux normes constitutionnelles ; ils n'ont d'ailleurs pas été dégagés pour elles. M. Chérot a néanmoins fait remarquer que « les solutions retenues pour décider de l'effet direct des traités

¹ G. Cohen-Jonathan, Aspects européens des droits fondamentaux, préparation au C.R.F.P.A., Montchrestien, 2^e éd. 1999, p 72.

² Cour EDH 29-11-1991, Vermeire c/ Belgique, RTDH 92 p 211, obs. F. Rigaux. La Cour de cassation luxembourgeoise s'était montrée plus explicite encore : ces articles combinés « ne créent pas seulement des obligations à charge des états contractants mais déploient en outre des effets directs dans l'ordre juridique interne pour les particuliers et engendrent au profit des justiciables des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder » : Cass. 17-1-1985, Engel, cité par A. Spielmann et A. Weitzel, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit luxembourgeois, éd. Nemesi, 1991, p 97.

³ R. Abraham, Les incidences de la CEDH sur le contentieux administratif, Association pour la fidélité à la pensée du président Cassin, n° 11-1990, p 3.

⁴ Par exemple la clause utilisée par la société Axa prévoyant la suspension de la faculté d'utilisation du crédit et la résiliation du contrat en cas de modification de la situation familiale de l'emprunteur. Elle constitue en effet « une ingérence injustifiée dans la vie privée du consommateur, laquelle est protégée (...) par l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » : TI Niort, 16-12-1998, Axa Crédit c/ Lienard.

peuvent être reprises pour trancher de la question de l'effet direct de la Constitution »¹. L'affirmation est exacte même si pour la démontrer il faut parfois se livrer à quelques contorsions.

S'agissant de la condition d'intégration à l'ordre juridique, il est possible de la comprendre comme imposant au texte constitutionnel en jeu de pouvoir être rattaché au droit positif. Cela est vérifié lorsque, par renvois successifs, le texte extérieur à la Constitution mère a été finalement intégré à celle-ci pour ne faire plus qu'un, en l'espèce pour constituer le bloc de constitutionnalité. D'où les conséquences attachées à la mention du préambule de la Constitution de 1946 et de la DDH dans le préambule de notre Constitution.

S'agissant de l'importance consacrée à l'intention des rédacteurs de la norme constitutionnelle, une analyse littérale de certains textes permet, à rebours, d'y déceler des arguments en faveur d'un effet direct. Ainsi le préambule de la DDH indique que ses rédacteurs se proposaient d'exposer les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme « afin que les *réclamations* des citoyens, *fondées* désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution (...) ». N'est-ce pas là une définition possible de l'effet direct et la preuve que les articles du texte de 1789 peuvent être opposés en justice à une stipulation lésant ces droits naturels ? De même, l'article 81 de la Constitution de 1946 assurait à tous les citoyens de l'Union française « la jouissance des droits et libertés garantis par le Préambule de la présente Constitution ». Quelle belle preuve que le Préambule de 1946 s'adresse aux particuliers ! On peut relever que certaines constitutions étrangères sont encore plus explicites : l'article 53 de la Constitution espagnole de 1978 reconnaît par exemple à tout citoyen le droit d'invoquer la protection des droits et libertés constitutionnels devant les tribunaux ordinaires.

Reste le critère toujours déterminant du caractère « self-executing ». Il doit permettre de diviser les normes constitutionnelles en deux catégories. Le Doyen Gény l'avait précisé au sujet du Préambule de 1946 : à côté des dispositions qui ne sauraient fonder une exception ou un recours, il en est d'autres qui « formulent une règle précise d'où se dégage un droit subjectif nettement déterminé »². La plupart des normes constitutionnelles, sinon la totalité³,

¹ J.-Y. Chérot, L'effet direct de la Constitution dans les rapports entre particuliers, Essai de théorie juridique, *in* Premier Congrès français de droit constitutionnel, Strasbourg, 1990, p 13.

² F. Gény, De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elles comportent dans le droit nouveau de la IV^e République française, JCP 1947, I, 613.

³ L. Favoreu, La constitutionnalisation du droit, *in* Mélanges R. Drago, Economica, 1996, p 25s, spéc. p 30 : « Toutes les normes constitutionnelles sont d'application directe et n'ont pas besoin du relais de la loi pour être rendues "opérationnelles" ».

se rattacheront à la seconde catégorie. Quelques exemples de celles dont au contraire l'effet direct est généralement contesté peuvent être rapportés. Il s'agit surtout de PPNT proclamés par le Préambule de 1946.

44- M. Braibant a ainsi estimé que « le droit d'obtenir un emploi » (troisième PPNT du Préambule) était la disposition type insusceptible de créer directement des droits et des obligations¹. Cette attitude semble la plus raisonnable si l'on veut éviter l'engorgement des tribunaux par des actions de chômeurs. Il en va de même s'agissant du droit au développement² ou encore du droit au logement (ce dernier droit est susceptible d'être rattaché au droit à la sécurité matérielle³ et de fonder, diront certains, un droit à être titulaire d'un contrat de bail) : il s'agit incontestablement de simples objectifs, de dispositions qui ne paraissent invocables que « sur le fondement des actes qui les auront mises en œuvre, en réalisant, complètement ou en partie, le programme dont elles ont défini les buts »⁴. Or cela suppose un arsenal législatif immense⁵. Le plaideur est soumis à la diligence du législateur, dont les tribunaux ne pourront le cas échéant que constater la carence. C'est semble-t-il une différence essentielle entre ce type de normes constitutionnelles et les articles de la CEDH qui ont été soumis à la théorie des obligations positives : un Etat peut alors être sanctionné par la Cour européenne s'il n'a pas pris les mesures raisonnables et adéquates pour garantir l'effectivité du droit considéré⁶. Dans cette hypothèse, le juge national devrait logiquement être enclin à accepter plus facilement l'effet direct du droit que l'Etat avait pour mission de

¹ M. Braibant, *Le droit administratif français*, éd. Dalloz, 1984, p 210. On estime même qu'il est « difficile de considérer que le chômage soit contraire à la Constitution » : L. Favoreu (coord.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2^e éd. 1999, n° 1333. Sur ce PPNT, v. Ch. Guittou, *Raison juridique et régulation sociale du non-travail, contribution à la réflexion sur le droit et la norme*, in *Mélanges J.-M. Verdier*, éd. Dalloz, 2001, p 345s, spéc. p 364.

² On a le sentiment que pour beaucoup de droits-créances, le terme de droit "à" est utilisé « lorsqu'il s'agit d'énoncer un principe général, abstrait et d'ordre virtuel » : D. Bécourt, *La personne face aux médias*, in *La protection de la personne face aux médias, Colloque Cour de cassation 4-3-1994, GP 6-9-94* p 982. Le mot développement figure à l'alinéa 10 du Préambule de 1946.

³ G. Vedel, *Le « droit au logement » et le principe de la libre administration des collectivités locales, Pouvoirs locaux 12-90*, n° 7, p 85, spéc. p 87. La garantie de la sécurité matérielle figure à l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

⁴ P. Lampué, *le rôle des tribunaux français dans l'application de la DDH et du Préambule constitutionnel*, in *Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne, XIV^e Congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 12-19/9/1981, Rev. ju. et pol. 82*, n° 1, p 502s, spéc. p 507. Cette mise en œuvre par d'autres sources conditionne la "justiciabilité" : Ch. Radé, *Exercice du droit de grève et négociation collective*, *Dr. social 1996* p 37.

⁵ En ce sens, G. Vedel et J. Rivero, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution de 1946 : le Préambule*, collection *Droit social*, 1947, p 19.

⁶ Cour EDH 13-6-1979, *Marckx c/ Belgique*. S'agissant du droit au logement, l'art. 8 CEDH n'implique pas pour les autorités publiques l'obligation positive de résoudre les problèmes d'habitat des individus : Cour EDH 4-5-1999, *Marzari c/ Italie*.

promouvoir. Quelle est précisément l'attitude des juridictions à l'égard de l'invocation des droits fondamentaux ?

§ II – Acceptation de l'effet direct par les juridictions.

Le principe de la reconnaissance de l'effet direct des droits fondamentaux par les juridictions sera d'abord illustré (A-). Se posera alors la question de savoir jusqu'à quel point cette pénétration de la fundamentalité constitutionnelle et conventionnelle est admise (B-).

A- Principe.

45- L'acceptation de l'effet direct de la CEDH paraît la plus caractéristique ; elle a mis du temps à s'installer, sans doute car c'est elle qui est susceptible de faire le plus de ravages dans notre droit. Davantage exploitée que les normes constitutionnelles, la Convention donne lieu à des prises de position explicites. Dès sa ratification, une réponse du ministre des affaires étrangères précise le caractère directement invocable de toutes ses dispositions devant nos juridictions ¹.

Dans l'affaire *Respino* de 1975, le pourvoi souligne que la CEDH « confère des droits directs aux personnes relevant de la juridiction française », moyen qualifié de "canular" par M. Robert ². La chambre criminelle reconnaît que la Convention est applicable en France, le sommaire de la décision précisant même que ses dispositions « doivent être appliquées par les juridictions françaises ». Dans l'affaire *Glaeser-Touvier*, le conseiller rapporteur estime que la CEDH « présente incontestablement le caractère "self-executing" » ³. L'arrêt rendu par la Cour de cassation, qui promeut la Convention dans son visa, et qui est présenté comme la première affirmation de son applicabilité directe ⁴, offre l'intérêt de montrer que ce statut n'est pas forcément favorable aux particuliers : il s'agissait en l'espèce de savoir si, en vertu de l'article 7, § 2 de la CEDH, le prévenu ne se trouvait pas exclu du bénéfice de la non-rétroactivité de la loi pénale.

¹ J.O. Déb. Ass. Nationale, 1974, p 3574.

² Crim. 3-6-1975, Bull. n° 141, RSC 76 p 140 obs. J. Robert.

³ Crim. 30-6-1976, Bull. n° 236 ; JCP 76, II, 18435 rapp. Mongin ; D. 77 p 1 n. P. Coste-Floret.

⁴ L. Pettiti, L'applicabilité directe de la Convention en droit français, Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1980 p 60.

Dans l'affaire Renneman, l'avocat général sent le besoin de rappeler que l'article 6, § 1 de la Convention peut être appliqué directement. La première chambre civile le reconnaît nécessairement en affirmant que si cette disposition donne le droit à une audience publique, « c'est à la condition que ce droit ait été **revendiqué** » devant la juridiction¹. Elle confirme la même année l'effet direct de la CEDH en relevant d'office que la liberté d'aller et de venir est « expressément reconnue » par l'article 2, § 2 du 4^o Protocole additionnel². Ce sont souvent les juges du fond qui se montrent les plus explicites : toute personne physique ou morale amenée à comparaître devant les juridictions françaises peut directement se prévaloir des dispositions de la Convention, selon une formule du tribunal de grande instance de Paris³.

La jurisprudence s'avère parfois trop encline à admettre l'effet direct, craignant peut-être de se voir reprocher par la doctrine sa frilosité à l'égard des normes conventionnelles. La Cour d'appel de Paris s'est ainsi fondée, presque au hasard a-t-on pu dire, sur le Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels pour dégager le droit au logement, alors que ce traité ne répond pas aux critères de l'applicabilité directe⁴.

46- S'agissant des droits fondamentaux constitutionnels, on sait que ces critères ne sont pas foncièrement adaptés, ce qui explique la retenue des affirmations jurisprudentielles. D'une manière générale, les juridictions inférieures se montrent plus audacieuses que la Cour de cassation. Le Tribunal de grande instance de Strasbourg a ainsi retenu que « les déclarations et préambules des constitutions républicaines énoncent *en faveur du citoyen* des droits fondamentaux (propriété, liberté de pensée, d'expression, de réunion, de travail, liberté syndicale, droits de protection sociale...) »⁵. La chambre sociale affirme de manière plus laconique, après avoir visé l'alinéa 7 du Préambule de 1946, que la grève constitue « un droit constitutionnellement reconnu »⁶. Peut-être faut-il estimer que l'effet direct allant désormais

¹ Civ. 1^o, 10-1-1984, Renneman, Bull. I n^o 8 ; JCP 84, II, 20210 concl. Gulphe.

² Civ. 1^o, 28-11-1984, Bull. I n^o 321 ; D. 85 p 313 n. Ch. Gavalda ; JCP 86, II, 20600 n. M. Lombard ; Rev. crit. DIP 85 p 506 n. G. Peiser ; AFDI 85 p 937 chron. J.-F. Lachaume. L'arrêt est intéressant en ce qu'il se fonde également sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

³ TGI Paris, 27-1-1987, GP 87, tables p 338, n^o 641.

⁴ Paris 17-9-1993, Dr. ouvrier 2-94 p 72 chron. S. Laussinotte. L'article 11 du Pacte énonce que les Etats prendront les mesures appropriées pour assurer la réalisation du droit à un logement suffisant. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté (Civ. 3^o, 1-3-1995, GP 93, 3, p 492) car le moyen critiquait la réintégration accordée aux squatteurs alors que les juges d'appel s'étaient bornés à leur donner un délai de six mois ; le moyen était donc irrecevable.

⁵ TGI Strasbourg (réf.), 31-10-1985, Epoux Lezziero, GP 87, 1, 60 n. R. Houver.

⁶ Soc. 2-6-1992, Zaluski, Dr. soc. 92 p 700. La formule avait déjà été utilisée, mais sans le visa : v. ainsi Soc. 9-11-1982, D. 82 p 621, 1^o espèce.

de soi, il n'est pas utile de sans cesse l'expliciter. Demeure toutefois la question de son étendue.

B- Etendue.

Il s'agit ici de savoir si l'effet direct des normes contenant des droits fondamentaux se propage aux décisions des organes chargés d'en assurer le respect. Spécialement, un plaideur peut-il se fonder sur une décision du Conseil Constitutionnel ou sur un arrêt de la Cour EDH ? La réponse réside dans l'incorporation de cette jurisprudence aux normes correspondantes.

1/ L'effet direct de la jurisprudence des autorités gardiennes des droits fondamentaux.

47- Les constatations du Comité des droits de l'homme quant à l'application du Pacte relatif aux droits civils et politiques semblent rarement invoquées¹ ; ne sont-elles pas juridiquement moins médiatisées que les arrêts de la Cour EDH² ? A l'égard de ces derniers, l'attitude du juge français peut être illustrée par une décision contenant une formule de principe, il est vrai assez caricaturale de l'exaspération que semble parfois susciter l'invocation des sources européennes³.

Dans l'affaire Saïdi, où n'était certes pas invoquée une jurisprudence consacrant un droit fondamental, la chambre criminelle énonce « que le moyen, qui se fonde sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, est inopérant ; qu'en effet, les décisions rendues par ladite Cour (...) n'ont aucune incidence *directe* en droit interne sur les décisions des juridictions nationales »⁴. De quoi douter du succès de l'argument tiré directement d'un arrêt strasbourgeois... La Cour de cassation peut cependant se prévaloir d'une opinion communément admise : le fait de ne pas tenir compte de la jurisprudence européenne

¹ Le seraient-elles que la réponse risquerait d'être : le Comité des droits de l'homme n'est pas une instance juridictionnelle et ses constatations « sont dépourvues de valeur juridique contraignante » (CJCE 17-2-1998, Grant, D. 98 SC p 372 obs. J. Rideau, RTDH 99 p 399 obs. P. Lenoir et p 511 obs. H. Surrel. Sur cet arrêt, v. M.-A. Moreau, Le droit communautaire a des problèmes de sexe..., in Mélanges E. Alfandari, éd. Dalloz, 2000, p 429s, spéc. p 433).

² On estime également que la notoriété des décisions de la Cour de Strasbourg fait de l'ombre à la Charte sociale européenne : S. Grévisse, Le renouveau de la Charte sociale européenne, Dr. social 2000 p 884.

³ Selon la formule de J.-P. Marguénaud, Le juge judiciaire et l'interprétation européenne, in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque de Montpellier des 13 et 14-3-1998, Bruylant Bruxelles, 1998, p 231s, spéc. p 233.

⁴ Crim. 4-5-1994 ; JCP 94, II, 22349 n. P. Chambon ; D. 95 p 80 n. J.-F. Renucci.

« n'entraîne pas *ipso facto* une violation de la Convention vu que les tribunaux nationaux ne sont pas hiérarchiquement subordonnés à la Cour de Strasbourg »¹. Cette opinion a néanmoins été contestée, par un juge à la Cour EDH..., car une juridiction nationale est un organe de l'Etat, lequel a signé et ratifié la Convention².

48- S'agissant des décisions du Conseil Constitutionnel, l'article 62 de la Constitution indique qu'elles s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles, ce qui doit être distingué d'une prise de position quant à leur effet direct. On a même estimé qu'elles n'avaient pas « l'autorité correspondant à la valeur du texte qu'elles protègent », mais tout au plus un effet doctrinal³. Il est certain par exemple que le Conseil d'Etat refuse absolument qu'on le considère comme placé sous l'autorité hiérarchique du juge constitutionnel⁴. Ce complexe existentiel paraît moins prégnant chez le juge judiciaire⁵, il est vrai plus rarement soumis à une invocation directe de la jurisprudence constitutionnelle⁶. En la matière, les juges du fond sont certainement plus réceptifs que la Cour de cassation, qui tolère parfois mal une telle hardiesse. On en donnera un exemple.

En 1981, le Conseil de prud'hommes de Montbéliard avait entrepris de solliciter directement une décision du Conseil Constitutionnel⁷ pour décider qu'une contre-visite médicale ordonnée par l'employeur et effectuée sans la présence du médecin de la sécurité sociale ou du médecin traitant du salarié en arrêt de travail, contrevenait au principe du contradictoire⁸. Le juge constitutionnel avait en effet eu l'occasion de préciser, non sans ambiguïté, que la loi du 19 janvier 1978 consacrant la contre-visite médicale respectait les

¹ G. Ress, Effets des arrêts de la Cour EDH en droit interne et pour les tribunaux nationaux, *in* Actes du 5^o colloque international sur la CEDH, Francfort 1980, éd. Pédone, 1982, p 235s, spéc. p 237.

² W.J. Ganshof Van der Meersch, Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international, la convention européenne, *in* Mélanges F. Dehousse, vol. 1, éd. Labor Bruxelles, 1979, p 193, spéc. p 199.

³ N. Molfessis, Le Conseil Constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, n° 688 et 402.

⁴ R. Denoix de Saint Marc, Le Conseil d'Etat et le droit constitutionnel, Conférence Limoges, 23-4-1999. On a par ailleurs parlé de « guérilla juridictionnelle » menée parfois par le Conseil d'Etat à l'égard du Conseil Constitutionnel : J.-F. Flauss, n. sous CE, Ass., 30-10-1998, Sarran, RDP 99 p 919s, spéc. p 936.

⁵ V., plus sceptique, A. Sauviat (Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé, LPA 26-10-2000, p 9) : « la Cour de cassation refuse *a priori* toute relation hiérarchique avec une instance que certains hésitent encore à qualifier de juridictionnelle ».

⁶ Sur le sujet, *cf.* A. Sauviat-Canin, La jurisprudence judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel, Th. Limoges, 1993.

⁷ CC 18-1-1978, Contre-visite médicale, RDP 78 p 834 n. L. Favoreu.

⁸ C. prud'hommes Montbéliard, 7-12-1981, cité par S. Mouton, La constitutionnalisation du droit, Th. Toulouse I, 1998, p 720. *Cf.* également G. Rouhette, L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard des juridictions civiles, RIDC 1987 p 401.

droits de la défense dans la mesure où un décret (précisément jamais adopté ¹) devait instaurer une procédure d'arbitrage propre à garantir l'examen contradictoire de l'état de santé du salarié ². En l'espèce, la Cour de cassation n'est nullement impressionnée par la référence à la position des juges constitutionnels, à laquelle elle ne prend même pas la peine de réagir ; elle casse la décision en indiquant simplement que la convention collective n'imposait pas que la contre-visite soit contradictoire ³.

De manière générale, la réticence de la Cour de cassation à appliquer formellement les décisions du Conseil Constitutionnel a pu être notamment expliquée par l'article 1020 du nouveau Code de procédure civile aux termes duquel « l'arrêt vise **le texte de loi** sur lequel la cassation est fondée »⁴. Cet argument, qui s'applique tout autant pour les normes conventionnelles, peut être désamorcé en observant que la loi c'est aussi la norme constitutionnelle ou internationale, complétée et enrichie par la jurisprudence ⁵.

2/ L'incorporation de cette jurisprudence aux normes fondamentales.

49- La CEDH et le bloc de constitutionnalité sont perpétuellement interprétés, précisés et enrichis par leurs interprètes officiels, Cour EDH et Conseil Constitutionnel, dont la jurisprudence se soude aux normes fondamentales correspondantes. Cela est particulièrement net pour le système européen de garantie des libertés.

Dans son arrêt *Irlande c/ Royaume Uni*, la Cour de Strasbourg n'a pas caché que ses arrêts servent à « clarifier, sauvegarder et **développer** les normes de la Convention »⁶. Elle peut ainsi enrichir le contenu d'un article au hasard d'une affaire. Or si l'arrêt rendu n'est pas directement invocable devant une juridiction interne ⁷, l'article considéré, « en tant qu'il vient

¹ V. en ce sens Soc. 31-1-1995, CSBP 95, n° 69, p 117. Si des projets de décrets ont été élaborés, leur publication s'est heurtée « à l'intransigeance des milieux patronaux préférant laisser libre cours à une jurisprudence *contra legem* qui leur est plus particulièrement favorable » : Y. Saint-Jours, n. sous Soc. 17-4-1980 et 2-7-1980, D. 81 p 650.

² Sur ce point, v. H. Blaise, La rémunération du salarié en cas de maladie, Dr. social 1987 p 731.

³ Cela montre à tout le moins que pour la Cour, la jurisprudence constitutionnelle ne l'imposait pas non plus et en priorité. Est-ce par manque de courage ou de fierté, toujours est-il que la décision n'a pas été publiée au bulletin, ni nulle part à notre connaissance (Soc. 3-5-1984, pourvoi n° 82-40.536).

⁴ N. Molfessis, *op. cit.*, n° 656.

⁵ C'est au demeurant la conception européenne de la loi ; cf. notamment Cour EDH 29-4-1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*.

⁶ Cour EDH 18-1-1978, précité, § 158.

⁷ Encore qu'on puisse en douter depuis l'arrêt *Vermeire c/ Belgique* (Cour EDH 29-11-1991), qui implique que le dispositif d'un arrêt européen « est self-executing dans l'ordre interne » : E. Lambert, Les effets des arrêts de

d'être interprété d'une certaine manière », est en revanche directement applicable ¹. Un particulier pourra donc bénéficier de la jurisprudence européenne, alors même qu'elle serait issue d'un litige dans lequel son Etat d'origine n'était pas partie ; c'est l'autorité de la « chose interprétée »². Une telle conception s'impose pour une raison très terre à terre : si une juridiction interne ne fait pas profiter un plaideur des avancées européennes, elle s'expose du même coup à une condamnation internationale pour peu que ce dernier saisisse la Cour de Strasbourg ³. Cela explique que nos juges n'hésitent plus à admettre l'effet direct de la Convention, telle qu'interprétée par la juridiction européenne.

En 1978, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Montpellier se réfère à l'interprétation de l'article 10 délivrée par la Commission EDH ⁴. Cela s'apparente presque à un excès de zèle car les décisions de cet organe n'avaient aucune force obligatoire sur le plan interne ⁵. Dans l'affaire Renneman de 1984 déjà citée, la première chambre civile de la Cour de cassation évoque l'article 6 « tel qu'interprété par un arrêt de la Cour EDH en date du 23 juin 1981 », mais c'est pour mieux rejeter l'argumentation fondée sur le texte européen. Au contraire, en 1999, la chambre sociale utilise les articles 14 de la Convention et 1^{er} du Protocole n° 1 « tels qu'interprétés par la Cour EDH » pour donner gain de cause au requérant⁶. Plus récemment encore, la même chambre reproduit quasiment mot à mot un passage de l'arrêt Zielinski de la Cour de Strasbourg ⁷.

la Cour EDH, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1999, p 200.

¹ M. Helmons, n. sous Cass. belge, 21-1-1982, CDE 83 p 347s, spéc. p 352.

² V. en particulier G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p 54. Sur la distinction avec l'autorité du précédent, cf. I.S. Delicostopoulos, Un pouvoir de « pleine juridiction » pour la Cour EDH, Harvard J. Monnet Working Paper, 8/1998, spéc. p 36.

³ Pour un exemple, Cour EDH 22-4-1993, Modinos c/ Chypre

⁴ Montpellier 5-5-1978, Delmas, Rigaud et Deshors, inédit, cité par J.-F. Lachaume, chron. AFDI 79 p 860.

⁵ H. Steinberger, La référence à la jurisprudence des organes de la CEDH devant les tribunaux nationaux, *in* Actes du 6^e colloque international sur la CEDH, Séville 1985, éd. Nijhoff, 1988, p 733s, spéc. p 743.

⁶ Soc. 14-1-1999, Bozkurt, D. 99 p 334 n. J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; JCP 99, II, 10082 n. F. Sudre ; LPA 18-3-99 p 13 n. G. Picca et A. Sauret. Pour une formule identique, v. l'arrêt Gokce du même jour, Dr. social 99 p 219 obs. J. Bernard. Sur ces deux décisions, v. I. Daugareilh, La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale, RTDE 2001 p 123s, spéc. p 133.

⁷ Cour EDH 28-10-1999, Zielinski c/ France, GP 21/3-5-2000, n. Ch. Pettiti ; Soc. 24-4-2001, TPS 7/2001 n° 258 obs. J.-M. Olivier, Dr. social 2001 p 723 n. J.-Ph. Lhernould, D. 2001 p 2445 n. J. Kibalo Adom, qui en déduit que la chambre sociale se soumet à l'autorité interprétative de la Cour EDH.

50- L'effet direct de la jurisprudence constitutionnelle, du fait de son incorporation à la norme fondamentale elle-même, est lui aussi en voie d'affirmation. Reconnu en doctrine ¹, il est inscrit en filigrane dans certaines décisions. Lorsqu'une ordonnance de référé estime que la dignité de la personne dans son emploi fait partie des droits individuels fondamentaux dont la protection appartient au juge judiciaire ², comment ne pas y déceler une réception directe de la décision du Conseil Constitutionnel ayant déduit du préambule de 1946 le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ³? De même, lorsque le 22 juin 1995 la Cour d'appel de Paris qualifie le droit au logement d'objectif de valeur constitutionnelle (OVC), elle ne fait que reprendre à son profit la décision *Diversité de l'habitat* ⁴. L'attitude est louable à condition d'analyser correctement la jurisprudence constitutionnelle, qui n'en avait aucunement fait un droit fondamental doté de l'effet direct ⁵. L'intégration des solutions rendues par le Conseil ne dispense pas de vérifier que les normes ainsi dégagées sont elles-mêmes susceptibles d'une application immédiate ⁶. En l'espèce les juges parisiens ont contenu leur raisonnement en énonçant que le devoir de solidarité entraîné par le droit au logement ne pouvait peser que sur l'Etat ⁷, et ne pouvait être imposé à de simples particuliers ⁸. Ils ont ce faisant refusé l'effet direct horizontal.

¹ B. Mathieu, Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau", RTDC 1994, p 59s, spéc. p 63 : « le moyen tiré du non-respect d'une décision du Conseil constitutionnel est un moyen tiré du non-respect de la règle de droit applicable à l'espèce, telle qu'interprétée par le Conseil ».

² TGI Montpellier, ord. réf. 6-6-1996, Juris-Data n° 048252.

³ CC 27-7-1994, Bioéthique, RDP 94 p 1647 obs. F. Luchaire.

⁴ CC 19-1-1995, précité. Paris 22-6-1995, "Dragon", cité par J.-B. Eyraud, Une action de terrain, une revendication politique, le droit au logement, Rev. fr. aff. soc. 98, n° 4, p 73s, spéc. p 78.

⁵ A rapprocher de B. Mathieu et M. Verpeaux, obs. sous CC 29-7-1998, Lutte contre les exclusions, JCP 99, I, 141, n° 5, pour qui la reconnaissance du droit à un logement décent comme OVC « interdit d'assimiler cette exigence à un droit subjectif ». Il faut donc approuver une décision de la Cour d'appel de Paris du 21-7-1995 décidant que le droit au logement n'est pas un droit subjectif opposable au propriétaire.

⁶ V. à cet égard la lucidité d'une décision du Tribunal administratif de Versailles du 31-5-1996 (RJS 96 n° 865), qui retient que l'OVC relatif à la possibilité pour toute personne d'obtenir un logement décent ne saurait recevoir application, eu égard à son caractère programmatique, que dans les limites des lois adoptées par le Parlement en vue de pourvoir à sa mise en œuvre.

⁷ La solution est en accord avec l'article 13, d) du titre VIII du projet de Constitution de l'Union européenne adopté par le Parlement européen le 10 février 1994 (JOCE n°C 91 du 28-2-1994) : « toute personne qui, pour des raisons indépendantes de sa volonté, n'est pas en mesure de se loger dignement a droit à l'aide **des pouvoirs publics compétents** ». (Le projet est reproduit en annexe de Ch. Gouaud, Le projet de Constitution européenne, RFDC 1995 p 287s.)

⁸ Dans le langage des plaideurs, cela donne : « le devoir de solidarité (...) ne permet pas au pouvoir judiciaire de faire la charité avec l'argent des autres » (argument du propriétaire devant Paris 21-7-1995, précité).

Conclusion du Chapitre I.

50 bis- Dans la perspective hiérarchisée et pyramidale de notre ordre juridique, les droits fondamentaux dominent les actes émanant de simples particuliers. Si l'Etat a souhaité laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts¹, si la théorie générale de l'acte juridique « vise à assurer la participation optimale de l'individu à la construction de l'ordre juridique dans lequel il vit »², cette autonomie normative suppose le respect de certains principes supérieurs, de certaines règles de droit objectif placées au sommet de l'ordre juridique et qui, s'imposant à toutes les branches du droit, ne sauraient rester inactives en droit privé³. Ce primat des droits fondamentaux peut se réaliser concrètement grâce à leur invocabilité⁴ directe, étant entendu que cette caractéristique ne saurait concerner les dispositions traduisant seulement des objectifs à atteindre pour le législateur et ne constituant en ce sens « que de lointains parents des droits fondamentaux »⁵.

Ces éléments étant acquis, une étape supplémentaire peut être franchie dans la justification de l'applicabilité des droits fondamentaux aux actes juridiques. Elle réside dans la diffusion horizontale des libertés.

¹ H. Kelsen, La théorie juridique de la convention, Arch. phil. droit 1940 p 33s, spéc. p 48.

² J. Hauser, L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique, in Mélanges J. Derruppé, éd. GLN Joly/ Litec, 1991, p 1.

³ Sur cette domination juridique des droits fondamentaux, v. L. Sasso, Les fonctions des droits fondamentaux en Europe, in Questions sur le droit européen, Colloque Caen 23-2-1996, PUC, 1996, p 161s, spéc. p 179 et 181.

⁴ Selon le terme de M. Massé, L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français, RSC 1996 p 935.

⁵ J.-F. Aubert, La Constitution, son contenu, son usage, Rev. de droit suisse 1991, II, p 9, à propos notamment du droit au travail, « qui n'a jamais fourni un emploi et n'en a même jamais créé un », et du droit au logement, « qui n'a construit aucun bâtiment ». Cf. *supra* n° 41 et 44. La législation déclamatoire relève du « spectacle politique » et des « arguments publicitaires », même si des effets juridiques peuvent découler de l'interprétation qui en est faite : J.-M. Auby, Prescription juridique et production juridique, in F. Chazel et J. Commaille (dir.), Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, 1991, p 159s, spéc. p 165 à 169.

Chapitre II : Exposition horizontale des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux.

51- Lorsqu'un particulier se plaint d'une violation de l'un de ses droits fondamentaux par l'Etat, le rapport juridique envisagé revêt une dimension verticale : les deux acteurs ne se situent pas au même rang dans la pyramide des autorités. Au contraire, lorsqu'un acte juridique intervient entre deux personnes privées, la relation est horizontale (ce qui ne signifie pas égalitaire). Si cet acte porte atteinte aux droits fondamentaux de l'un des protagonistes, une réaction ne semble possible que si l'aptitude de ces droits à rayonner jusque dans les rapports entre particuliers a été reconnue. Cette faculté est dénommée *effet horizontal*¹. On utilise également l'expression *effet réflexe*², les termes allemands *Drittwirkung* ("effet à l'égard des tiers", et plus simplement "effet-tiers"³) ou *Horizontalwirkung*⁴, voire l'expression anglo-saxonne *third-party applicability*⁵.

Alors que l'étude de l'effet direct conduisait à se demander si les normes supérieures ouvraient des droits au profit des plaideurs, celle de l'effet horizontal pose la question de savoir si ces normes engendrent en outre des obligations⁶ dans le chef des particuliers, lesquels devraient alors répondre de la violation des droits fondamentaux. Divers arguments permettent de soutenir l'effet horizontal des libertés (**Section 1°**). Il s'agira d'examiner quelle est la réception en droit positif de ces justifications théoriques (**Section 2°**).

¹ Pour une référence récente : H. Pauliat et V. Saint-James, La notion d'effet horizontal, in J.-P. Marguénaud (dir.), Convention européenne des droits de l'homme et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français, éd. La Documentation française, 2001, p 75s.

² F. Rigaux, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 610.

³ Cf. D.J.M. Soulas de Russel, Aspects dogmatiques et critiques des « droits fondamentaux » constitutionnels de la R.F.A., RDP 1980 p 743s, spéc. p 746. En Grèce, on parle de " Tritenergia" : v. J. Iliopoulos-Strangas et G. Leventis, La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce, in La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant Bruxelles, 2000, p 395s, spéc. p 454.

⁴ D. Capitant, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, Th. Paris I, 1996, p 265.

⁵ Utilisée par exemple par J. Casalta Nabais, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, in La justice constitutionnelle au Portugal, éd. Economica, 1989, p 211s, spéc. p 223.

⁶ En la matière, on parle indifféremment d'obligations ou de devoirs : v. P. Tedeschi, Les droits et les devoirs de l'homme comme éléments indissociables, Rev. administrative 1990 p 127. Sur le sujet : A. Eide, Human rights require responsibilities and duties, in K. Vasak Amicorum liber, Bruylant Bruxelles, 1999, p 581 ; A. Berthe, Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'homme, Th. Lille II, 2000.

Section 1° : Démonstration de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

52- Quelques remarques préliminaires s'imposent. D'abord, il faut reconnaître que la démonstration n'a pas d'objet lorsque le droit envisagé a été relayé par une loi : celle-ci a évidemment vocation à irradier les rapports privés. Les adversaires de l'effet horizontal des droits fondamentaux pourraient d'ailleurs soutenir que l'absence d'un tel relais législatif constitue la preuve de l'effet strictement vertical des libertés...

En second lieu, la démonstration n'a plus lieu d'être et se réduit à une simple constatation si l'on considère l'effet réflexe comme la caractéristique essentielle voire comme le critère des droits fondamentaux. Ce sera en particulier le cas pour ceux correspondant à des droits de la personnalité, dont une des particularités est d'être opposables *erga omnes*, donc aux autres personnes privées¹. De même en droit communautaire, à la suite de l'arrêt Defrenne du 8 avril 1976², il avait été proposé de ne reconnaître un effet horizontal « qu'aux seules dispositions du traité [de Rome] qui ont pour but de protéger les droits fondamentaux des particuliers »³. Il est vrai que par exemple la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement des ressortissants communautaires ne bénéficient pas seulement d'un effet direct limité aux litiges verticaux, mais bien d'un « effet direct intégral »⁴ : ces libertés peuvent être invoquées à la fois contre un Etat membre et contre un simple particulier⁵.

L'automaticité dans la reconnaissance de l'effet réflexe des droits fondamentaux est naturellement acceptée par les auteurs pour qui la spécificité de ces droits réside dans leur application **exclusive** aux rapports privés⁶, seuls les *droits de l'homme* gouvernant les

¹ E. H. Perreau, Des droits de la personnalité, RTDC 1909, p 501s, spéc. p 514s ; M. Amiaud, Les droits de la personnalité, in Travaux H. Capitant, Journées franco-suissees, 1946, t. 2, p 294. Cf. plus récemment G. Loiseau (Le nom objet d'un contrat, LGDJ, 1997, n° 134), qui voit dans ces droits le prolongement des droits de l'homme « dans les rapports entre personnes privées ».

² CJCE 8-4-1976, Defrenne II, Rec. p 455, CDE 77 p 168 obs. O. Stocker, RTDE 76 p 521 n. Ch. Philip.

³ W. Van Gerven, Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire, CDE 1977 p 131s, spéc. p 143. La CJCE suit toujours cette opinion puisque dans une décision récente (6 juin 2000, Angonese, JT Dr. européen 2000 p 219, RTDH 2001 p 821 obs. F. Chevillard), elle retient (point 35) que l'article 48 du Traité énonce « une liberté fondamentale », pour en déduire (point 36) que l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité « s'applique également aux personnes privées ».

⁴ J.-M. Favret, Droit et pratique de l'Union européenne, éd. Gualino, 2° éd. 1999, n° 443.

⁵ V. respectivement : CJCE 4-12-1974, Van Duyn, Rec. p 1337 ; 21-6-1974, Reyners, Rec. p 631. La libre circulation des travailleurs réalise ici la synthèse de la liberté d'aller et de venir, et de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité ; la liberté d'établissement se rattache quant à elle à la liberté d'entreprendre.

⁶ J. Carbonnier, Droit civil, les personnes, PUF Thémis, 20° éd. 1996, n° 82 : « c'est exclusivement dans les rapports entre particuliers que joue la théorie civiliste des droits fondamentaux de la personne humaine » (dans la

relations Etat-individus ¹. Selon certains, l'automaticité est identique, mais les droits fondamentaux sont caractérisés comme opposables **à la fois** aux individus et à l'Etat ². Cette dernière attitude a le mérite de fédérer droit privé et droit public pour constituer un bloc unique de fundamentalité ³.

Si l'attribution de l'effet horizontal doit devenir un automatisme, il convient ici de la justifier. Des arguments spécifiques à certaines sources de droits fondamentaux peuvent être avancés (§ II), mais des arguments communs à ces différentes sources existent (§ I).

§ I : Arguments communs aux différentes sources de droits fondamentaux.

53- Le fait que les droits de l'homme soient protégés non seulement dans les rapports des particuliers avec l'Etat mais aussi dans leurs rapports interindividuels n'a rien de vraiment nouveau ; la doctrine l'affirmait par exemple sous la IV^e République ⁴. La nouveauté réside uniquement dans sa théorisation. L'effet horizontal est surtout un terme à la mode pour désigner une situation déjà consacrée ⁵. En pratique, deux approches sont possibles pour justifier l'applicabilité des droits fondamentaux dans les relations privées.

La plus novatrice, la plus audacieuse, et donc la plus contestée, fait de cette applicabilité une question autonome, se résolvant directement, sans raisonner par étapes. On parlera d'effet horizontal *immédiat* (A-). L'autre perspective, il faut y insister, aboutit au même résultat, l'irrigation du droit privé par les droits fondamentaux. En revanche, elle se refuse à y voir un problème nouveau ou spécifique par rapport à l'effet direct entendu dans sa dimension verticale, et l'aborde donc uniquement par l'intermédiaire de cet effet. Selon cette approche

21^e éd. 2000, l'expression « droits fondamentaux de la personne humaine » a cependant été remplacée par « attributs de la personne physique »).

¹ L. Collet, La notion de droit extrapatrimonial, Th. Lille 1992, n° 328.

² L. Favoreu, Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref, 1994, p 48. Cf. aussi N. Molfessis, Les droits de la défense, "droit fondamental à caractère constitutionnel", Justices 1995, 1, p 201s.

³ La "réconciliation" du droit privé et du droit public a déjà été prônée, au nom du respect de « l'unité profonde du droit, fondée sur des principes généraux inviolables » : P. Roubier, Avant-propos, in La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique, Arch. phil. droit 1952, p 1s, spéc. p 3.

⁴ A. Colin et H. Capitant, par L. Julliot de la Morandière, t. 1, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et familles, éd. Dalloz, 1957, n° 593.

⁵ Selon H. Dipla (La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme, problèmes d'imputation, éd. A. Pedone, 1994, p 101), la *Drittwirkung* « est une théorie moderne, visant à expliquer une situation classique ».

médiate ¹, l'effet horizontal ne serait qu'un prolongement de l'effet direct ; l'expression "effet *direct* horizontal " peut alors être utilisée (B-).

A- L'effet horizontal immédiat.

54- Ici, l'irrigation des actes juridiques par les droits fondamentaux est justifiée de manière instantanée, d'où le terme d'effet horizontal immédiat. Les particuliers sont soumis au respect des libertés essentielles sans qu'un quelconque mécanisme vectoriel soit pour cela nécessaire. Cette conception ambitieuse, tournée vers l'individu, repose sur des arguments simples mais convaincants.

Les droits de l'homme sont classiquement, sinon originairement, censés assurer la protection des sujets de droit face à l'Etat ². On considère ainsi que « c'est dans les relations entre le citoyen et la puissance publique (...), que surgit, aigu, le problème de la défense de la personne humaine et de la sauvegarde de ses droits fondamentaux »³. Seulement, il est évident qu'une telle conception s'explique avant tout par le fait que la puissance publique a des prérogatives pouvant s'exercer au détriment des droits fondamentaux ⁴. Dès l'instant où une telle position de force est susceptible d'être le fait d'une personne privée, les autres agents doivent pouvoir lui opposer les mêmes droits que ceux garantis contre l'action étatique. Cette opinion a été principalement défendue par M. Rivero : « celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'Etat que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude »⁵. Un tel alignement des relations privées sur les rapports verticaux, par nature déséquilibrés, revient à remettre en cause le postulat du XIX^e siècle selon lequel les individus

¹ Une troisième voie, elle aussi médiate, consiste à fonder l'effet horizontal sur le caractère d'ordre public des droits fondamentaux. Cette approche étant principalement mobilisée pour résoudre le conflit entre un acte juridique et le bloc de fondamentalité, elle sera étudiée *infra* n° 110s.

² Cela est particulièrement vrai s'agissant des droits de la première génération, c'est-à-dire ceux issus des grandes déclarations de la fin du XVIII^e siècle, nées de la lutte de la bourgeoisie contre les institutions d'Ancien Régime : cf. G. Haarscher, Philosophie des droits de l'homme, Univ. de Bruxelles, 4^e éd. 1993, p 37s.

³ P. Pescatore, Les droits de l'homme et l'intégration européenne, CDE 1968 p 629.

⁴ Si la puissance publique est perçue comme la principale menace, il s'agit surtout d'une tradition « dont on trouve le fondement dans le fait que c'est contre l'Etat qu'initialement ont été conquis les droits » : P. Bercis, Libérer les droits de l'homme, éd. de l'Atelier /éd. Ouvrières, 2000, p 110.

⁵ J. Rivero, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, in R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, T. III, Pédone 1971, p 311s, spéc. p 322. Cf. aussi G. Vlachos, La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste, RIDC 72, n° 2, p 279s, spéc. p 287 : « La liberté de l'homme ne saurait plus être définie uniquement en fonction de l'Etat et de ses organes, mais en fonction de la totalité des aliénations possibles dont il peut être la victime, en raison même de la diversité des structures de domination ».

sont égaux entre eux et n'ont donc pas à être protégés les uns contre les autres ¹. Pourtant, même les partisans du non-interventionnisme étatique ne sauraient critiquer cet écart : le raisonnement ne fait appel à aucune autorité instituée pour légitimer l'effet horizontal. C'est plus par un respect mutuel des droits fondamentaux d'autrui que chaque individu doit s'abstenir d'une atteinte répréhensible. Cette attitude doit être considérée comme un commandement moral obligatoire. La possibilité d'agir autrement ne saurait en principe être ressentie. On rejoint finalement l'impératif catégorique kantien ².

La nécessaire soumission des rapports privés aux libertés élémentaires a été relayée par M. Ardant : à quoi servirait d'avoir un régime éminemment protecteur contre l'Etat si dans les relations entre individus « n'existait plus aucune garantie, si le principe et l'étendue de la liberté étaient soumis au pouvoir du plus fort ? »³. L'effet réflexe se justifiera en effet avec une particulière acuité dans les situations déséquilibrées : contrat de bail, de travail ⁴, etc. Pourtant il ne faut pas y voir une condition d'application de la diffusion horizontale des droits fondamentaux ⁵, car celle-ci doit plutôt être fondée sur le refus *objectif* d'une double éthique au sein de la société : « l'une applicable aux rapports de l'Etat et des particuliers, l'autre applicable aux citoyens entre eux, et qui divergeraient dans leur essence même et dans les valeurs qu'elles consacrent »⁶. Une telle situation serait proprement aberrante ⁷, et ruinerait les efforts déployés pour rendre notre organisation sociale cohérente ⁸.

L'effet horizontal des droits fondamentaux repose ici sur une vision unitaire du système juridique et des notions qu'il véhicule, loin de la distinction droit public-droit privé ⁹.

¹ M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *in* Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, Cujas, 1975, p 49s, spéc. p 55.

² P. de Fontbressin, L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations, *in* Mélanges M.-A. Eissen, LGDJ 1995, p 157s, spéc. p 163.

³ Ph. Ardant, n. sous Ass. Plén. 19-5-1978, D. 78 p 546s, spéc. p 549.

⁴ J.-M. Verdier, En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme, *in* Mélanges J. Savatier, PUF 1992, p 427, pour qui c'est dans la vie de travail que statistiquement se commettent les plus nombreuses violations de droits de l'homme, « alors même que ce ne sont pas les plus graves ».

⁵ *Contra* semble-t-il : Ch. Jamin, Un droit européen des contrats ?, *in* P. de Vareilles-Sommières (dir.), Le droit privé européen, Actes du colloque de Reims, Economica 1998, p 40s, n° 22.

⁶ J. Rivero, Rapport de synthèse, *in* L. Favoreu (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM 1982, p 515s, spéc. p 523.

⁷ J. Rivero, *in* R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, *op. cit.*

⁸ Sur la volonté de rendre le système juridique cohérent, *cf.* F.A. Hayek, Droit, législation et liberté, t. 1, trad. R. Audouin 1980, PUF, p 78.

⁹ A propos de l'opposition droit public-droit privé, on a parlé de « clivage castrateur » : B. Teysse, Droit public et droit social : variations autour d'un thème, *Dr. social* 1991 p 185. L'auteur souligne l'existence d'un « socle commun (...) nourri de principes généraux qui sont autant de principes de réflexion et d'action d'où naissent et à

« Quelles que soient les raisons pour lesquelles ils furent qualifiés de fondamentaux, une fois réalisée, cette qualification devient indivisible : "insécable" »¹. Cette vision est parfaitement justifiée : à partir du moment où les libertés fondamentales traduisent des valeurs universelles, inhérentes à la personne humaine, il y aurait quelque incohérence à ce qu'elles restent lettre morte dans les relations purement privées. Une pensée de Portalis va dans ce sens : « les libertés et droits fondamentaux sont moins une espèce particulière de droits que des bornes **indiquant à tous** et en tous domaines les limites à ne pas franchir, et parfois la direction où s'engager »².

55- Un pas supplémentaire dans cette approche immédiate de l'effet réflexe peut être franchi si, comme certains, l'on considère que cet effet préexistait par rapport à la dimension verticale des droits³. Cette inversion des facteurs découle de ce que la soumission de l'Etat au droit a parfois été justifiée par une analogie : il doit être encadré dans son action « de la même façon qu'un simple particulier »⁴. C'est alors l'effet horizontal qui constitue le postulat. Une telle conception renvoie au libéralisme en ce qu'il affirme que tout homme a des droits individuels qui doivent être respectés par ses semblables, et *même* par l'Etat⁵.

Dans le dernier schéma décrit, l'effet direct (entendu dans sa dimension verticale) n'est aucunement sollicité pour expliquer la diffusion horizontale des droits fondamentaux ; au contraire, il se déduit de cette diffusion. Cette approche s'oppose à cet égard à la théorie de l'effet direct horizontal.

partir desquels sont déclinées toutes les normes qui nous gouvernent ». Il nous semble difficilement concevable de ne pas ranger les droits fondamentaux dans ce « socle commun ».

¹ A. Sériaux, L. Sermet et D. Viriot-Barrial, *Droits et libertés fondamentaux*, éd. Ellipses, 1998, n° 102.

² Cité par M. Delmas-Marty, Introduction, in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Seuil, 1996, p 9.

³ Ont ainsi été évoqués des droits fondamentaux réglant les rapports entre citoyens librement associés, « et ce *avant même* qu'une quelconque force publique, organisée selon le droit objectif et dont les citoyens devraient craindre les intrusions, n'existe » : J. Habermas, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, trad. R. Roehlitz et Ch. Bouchindhomme, Gallimard, 1997, p 140.

⁴ S. Glaser, *Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif*, in *Mélanges H. Rolin*, Pedone 1964, p 104. Si l'on suit la pensée de Hobbes, les droits subjectifs de la personne n'étaient protégés qu'envers les particuliers, et non à l'encontre de l'Etat, puisque le prince était omnipotent : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit*, éd. Montchrestien, 4^e éd. 1975, p 674.

⁵ H. Lepage, *Le retour au droit naturel chez les libertariens*, *Rev. hist. fac. droit* 1989, 8, p 165.

B- L'effet direct horizontal.

56- Selon cette conception, l'aptitude des droits fondamentaux à intéresser *aussi* les relations juridiques privées ne constitue pas une question autonome. Elle doit au contraire être rattachée au thème de l'effet direct, pris au sens d'aptitude d'un droit à pouvoir être invoqué devant le juge. C'est la considération de cet effet qui va permettre de justifier l'applicabilité horizontale des libertés. L'explication réservant un rôle prééminent à l'effet direct, on ne fera que lui greffer l'épithète horizontal et on parlera d'effet direct horizontal ¹.

Tout part d'une critique de la théorie précédente qui, si elle est très louable philosophiquement (des rapports privés intrinsèquement respectueux des droits fondamentaux), n'en présente pas moins un caractère essentiellement théorique, sa concrétisation ne pouvant se passer de l'effet direct et donc du recours au juge. En effet, si ce dernier n'est pas saisi, la diffusion horizontale des droits n'a aucune sanction ; rien n'oblige à la respecter. Si deux personnes se lient par un contrat totalement dégradant, violant les libertés les plus essentielles de l'une des parties, et exécutent leur convention à l'abri des regards indiscrets, la doctrine de l'effet horizontal immédiat n'est pas d'un très grand secours. L'intervention du juge n'ayant pas été sollicitée, le rapport juridique privé « n'émerge pas à la lumière du droit »² ; le droit étatique ne se saisit des relations interpersonnelles et ne peut agir sur elles qu'à partir du moment où une autorité publique est sollicitée. Or précisément, une fois cette condition remplie, le cadre juridique change de nature : à l'origine horizontal, il devient vertical.

57- M. Rigaux nous livre un exemple de cette mutation du contentieux. Soit une entreprise de presse qui se voit reprocher une atteinte à la vie privée d'une personne. Pour éviter une condamnation, elle se prévaut peut-être de la liberté de la presse, de celle du commerce, mais son argumentation sera développée à l'adresse des juges ³. On est ainsi ramené au problème de l'invocabilité d'un droit fondamental devant un tribunal, question précédemment résolue. C'est pourquoi l'auteur précité critique vivement le détour par la construction de l'effet horizontal : elle trahit une erreur de perspective, s'avère inutile et n'a

¹ Pour une signification identique, l'expression "opposabilité indirecte" est généralement employée : cf. B. Peter, *Des droits fondamentaux en R.F.A. : limitation et protection*, Th. Lille II, 1989, p 223s.

² J. Rivero, in R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, *op. cit.*, p 321.

³ F. Rigaux, *op. cit.*, n° 605.

« d'autre signification que de rendre confus des concepts clairs »¹. Elle serait née d'une méprise doctrinale et ne constituerait qu'une chimère sans portée et sans consistance².

Même si l'on ne se montre pas aussi sévère, il faut admettre que la théorisation de l'effet horizontal des droits peut difficilement éluder la perspective d'un recours au juge, ce qui "verticalise" le débat. Il s'agit bien en effet de savoir si, dans un litige privé, un particulier peut invoquer devant un juge ordinaire la violation par un autre particulier de ses droits fondamentaux³. Autrement dit, l'effet réflexe s'analyse inéluctablement comme « la faculté **pour un organe juridictionnel** de déduire d'une norme supérieure (constitutionnelle ou de droit international) les effets juridiques qui s'appliquent directement à un rapport juridique de droit privé »⁴. A y regarder de plus près, il faut d'ailleurs y voir plus qu'une possibilité pour le juge, une véritable obligation⁵.

L'article 12 du nouveau Code de procédure civile énonce que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Cet indicatif vaut impératif : le juge *doit* parcourir l'échelle des normes, sa « quête ascendante »⁶ pouvant le mener le cas échéant aux textes énonçant des droits fondamentaux. Dans un litige à caractère horizontal, un particulier sera donc en droit d'exiger, verticalement, la sanction de ces textes par l'autorité juridictionnelle. « On voit mal, en effet, comment un juge, organe d'un Etat qui a donné, à certaines libertés, la consécration juridique la plus haute, pourrait, lorsqu'il est sollicité de protéger cette liberté, refuser cette protection, c'est-à-dire donner gain de cause à celui qui a porté atteinte à un droit fondamental »⁷. Dans un Etat de droit, la puissance publique étant soumise au respect des normes supérieures qu'elle s'est elle-même fixées, ses organes ne sauraient bénéficier d'un régime différent. La Cour de cassation sanctionnerait pour violation

¹ *Op. cit.*, n° 604s.

² F. Rigaux, obs. sous Cour EDH 29-11-1991, Vermeire c/ Belgique, RTDH 92 p 211.

³ J.-Y. Chérot, L'effet direct de la Constitution dans les rapports entre particuliers, Essai de théorie juridique, *in* Premier Congrès français de droit constitutionnel, Strasbourg, 1990, p 2.

⁴ F. Rigaux, *op. cit.*, n° 610.

⁵ V., plus mesuré, Ch. Radé, à propos des normes constitutionnelles : « on peut raisonnablement affirmer que rien ne paraît interdire [au juge judiciaire] de puiser dans le bloc de constitutionnalité les règles de droit qui pourraient lui permettre de trancher le litige » (Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté, D. 1999, chron. p 323).

⁶ P. Draï, Allocution d'ouverture, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, *op. cit.*, p 7.

⁷ J. Rivero, *op. cit.*, p 320.

de la loi un acte juridictionnel qui aurait refusé d'appliquer à un litige privé les normes fondamentales d'origine constitutionnelle ¹ ou conventionnelle.

Il est désormais temps de distinguer à nouveau ces deux sources de la fundamentalité.

§ II : Arguments spécifiques aux différentes sources de droits fondamentaux.

58- L'effet horizontal des droits fondamentaux peut se heurter à des obstacles propres aux différentes sources de libertés. S'agissant des normes d'origine conventionnelle, européenne notamment, la principale entrave provient d'une réaction d'hostilité, assez nationaliste, à l'égard d'un pôle étranger de règles juridiques. La pénétration de la CEDH étant parfois perçue comme un envahissement nuisible, va-t-on en plus admettre qu'elle gouverne les relations interindividuelles, c'est-à-dire finalement tout le droit privé ² ?

Pour les normes d'origine constitutionnelle, l'obstruction s'explique surtout par la volonté privatiste de cantonner au droit public les instruments qui en sont issus. Les droits fondamentaux constitutionnels ne seraient pas autorisés, ou seraient en tout cas inaptes à régir directement les rapports horizontaux ³. Il s'agit en outre de préserver le droit privé d'une construction véhiculant avec elle tout un régime juridique publiciste prêt à envahir les rapports intersubjectifs.

Les réserves décrites conduisent à développer des arguments spécifiques en faveur de l'effet horizontal de la CEDH (A-) et des droits constitutionnels (B-).

A- En faveur de l'effet horizontal de la CEDH.

Pour asseoir l'effet réflexe de la CEDH, considéré objectivement ou sous l'angle de sa sanction par le juge interne, il est tentant de se tourner vers le texte même de la Convention (1/). Quant à la jurisprudence développée par les instances européennes, celle conduisant à sanctionner un Etat qui n'aurait pas fait respecter les droits fondamentaux européens dans les

¹ L. Favoreu et Th. Renoux, Rapport général introductif, in La Cour de cassation et la Constitution de la République, *op. cit.*, p 15s, spéc. p 25.

² En ce sens, Ch. Jamin, obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, JCP 96, I, 3958, n° 1, pour qui la CEDH « pourrait imprégner sans bénéfice le droit des obligations ». Le phénomène semble pourtant inéluctable. Comme l'indique au cas particulier l'arrêt *Fuentes Bobo c/ Espagne* (Cour EDH 29-2-2000), l'article 10 de la Convention (liberté d'expression) « s'impose également lorsque les relations employeur et employé relèvent **du droit privé** ».

³ V. de façon symptomatique R. Nerson, Les noms des personnages de romans, in Etudes offertes à P. Kayser, PUAM, 1979, t. 2, p 303s, spéc. p 315, pour qui il ne paraît pas inutile de rappeler, « sur le plan des rapports entre particuliers », les principes généraux visant la protection de la personne et figurant dans le bloc de constitutionnalité.

relations privées milite incontestablement pour l'effet horizontal de ces droits au plan interne¹ (2/).

1/ Les indices textuels.

59- Certains articles de la Convention peuvent être utilisés afin de se convaincre de la propension de celle-ci à influencer horizontalement sur la vie juridique. Il en va ainsi de l'article 13 qui garantit à toute personne dont les droits et libertés ont été violés « un recours effectif devant une instance nationale, *alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* » : peut-il signifier autre chose sinon qu'*a fortiori*, un particulier pourra critiquer un acte émanant de l'un de ses semblables agissant en tant que simple particulier² ? La qualité de l'auteur de l'acte étant indifférente, c'est bien tout un chacun qui est soumis à l'égard des autres au respect de la Convention. Les personnes privées se voient imposer de réelles obligations par la norme européenne, ce qui était affirmé depuis longtemps par certains membres de la Cour de Strasbourg³.

L'article 17 confirme ce constat : « aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, *un groupement ou un individu*, un droit quelconque (...) d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Cette disposition, dont le sens a dû être précisé dès l'arrêt *Lawless*⁴, est intéressante à plus d'un titre. D'abord elle confirme que les personnes privées, isolées ou réunies, doivent comme les Etats respecter la CEDH⁵. Surtout, elle permet

¹ Ce n'est pas le cas d'une formule, il est vrai sortie de son contexte, retenue par la Commission EDH le 11 janvier 1961 (Autriche c/ Italie, Ann. vol. 4 p 139) : « les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention (...) visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers **contre les empiétements des Etats** ».

² En ce sens, J. Velu, Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la CEDH, *in* Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, colloque Bruxelles 24/5-4-1975, éd. Larcier, 1978.

³ H. Rolin, Conclusions, *in* La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Travaux du colloque de Strasbourg, 14/5-11-1960, Annales fac. Strasbourg, X, éd. Dalloz, 1961, p 405s, spéc. p 409.

⁴ Cour EDH 11-7-1961, *Lawless c/ Irlande*, point 7 : en vertu de l'article 17, « *personne* ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés (...) ». Cf. P. Le Mire, Article 17, *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 2^o éd. 1999, p 509.

⁵ Pour D. Spielmann (L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Bruylant Bruxelles, 1995, p 36), l'article 17 prévoit « *expressis verbis* un effet réflexe ».

de comprendre que l'applicabilité horizontale concerne non seulement l'énoncé formel des droits mais aussi leurs possibilités de restrictions - les « limitations » - expressément prévues par le texte (§ 2 des articles 8 à 11 notamment). Ce ne sont pas seulement les stipulations réognitives qui bénéficient de l'effet réflexe, c'est toute la Convention qui s'avère concernée.

60- Des droits considérés isolément impliquent l'adhésion au principe de l'application intersubjective. Ainsi esclavage et servitude, prohibés par l'article 4, § 1, « n'étaient-ils pas au premier chef des institutions de droit privé »¹ ? Dès lors comment pourraient-ils n'être interdits que dans les relations verticales ? De même, l'article 8, § 1, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale ne distingue pas selon l'origine de l'atteinte, alors que l'amendement originaire prévoyait seulement sa défense contre les immixtions gouvernementales. L'adoption d'une rédaction moins restrictive manifeste implicitement la volonté de sauvegarder ce droit même contre les ingérences des autres particuliers². Cette explication est toutefois fragile, comme toutes celles consistant à tirer argument du texte de la Convention pour justifier l'effet horizontal. Elle pourrait travestir l'intention initiale des parties puisque, à en croire M. de Meyer, la question de l'applicabilité intersubjective de la Convention n'a jamais été soulevée lors de la rédaction³. Peut-être allait-elle de soi... Il paraît plus prudent d'examiner si des indices ne vont pas à l'encontre de l'effet réflexe.

61- Le fait que les simples particuliers ne soient pas parties à la CEDH⁴ ne constitue pas une objection sérieuse à la possibilité de leur imputer des obligations. Sinon il faudrait du même coup réfuter que la Convention leur confère des droits⁵, ce qui en ruinerait l'effet direct.

Parce que plus sérieux, mais un peu formel, il faut citer l'argument tiré de la comparaison entre les dispositions liminaires de la CEDH et le préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : l'individu est le grand absent des premières alors que dans le second il est précisé qu'il a « des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les

¹ M.-A. Eissen, La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour, in R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, précité, p 151s, spéc. p 156, n. 13.

² J. Velu, Rapport in La CEDH et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications, 3^o colloque international sur la CEDH, Bruxelles, 30-9 au 3-10-1970.

³ J. de Meyer, Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les états parties à la Convention, in 3^o colloque international sur la CEDH, précité, p 7.

⁴ Com. EDH 20-12-1957, Ann. I p 215.

⁵ En ce sens J. Velu et R. Ergéc, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1990, n^o 91.

droits reconnus dans le présent Pacte ». Néanmoins, il n'est pas évident que la force des mots concorde avec l'intention des parties au Pacte : ont-elles réellement entendu permettre l'infiltration de leurs droits privés par les droits fondamentaux onusiens ? Rien n'est moins sûr.

On se penche alors sur certains articles en particulier, comme l'article 8, § 2, qui prévoit seulement l'ingérence « d'une autorité publique »¹. Est-ce à dire que cette disposition serait la seule de la Convention à n'être dotée que d'un effet vertical ? La justification en serait difficile. Il faut plutôt estimer que les rédacteurs étaient surtout suspicieux à l'égard des atteintes étatiques au droit au respect de la vie privée et familiale².

62- Un dernier obstacle à l'effet horizontal paraît le plus pertinent, même s'il confond en réalité la sanction interne de cet effet et sa sanction internationale. Les particuliers entre eux, dans leurs actes juridiques pour ce qui nous intéresse, n'auraient pas à respecter la CEDH du fait de l'incompétence *ratione personae* de la Cour de Strasbourg à sanctionner la violation de la Convention par une personne privée. Il est vrai que selon l'article 34, la Cour EDH ne peut être saisie que d'une requête émanant d'une personne « qui se prétend victime d'une violation *par l'une des Hautes Parties contractantes* des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ». L'erreur vient cependant du fait que l'absence de responsabilité internationale de la personne privée ayant violé la norme européenne ne préjuge pas de l'attitude du juge *interne* face à cette violation³. Il faut comprendre que la Convention « a pu fort bien établir des droits et des obligations qu'on ne peut faire valoir devant les organes interétatiques ou supraétatiques créés ou visés par cet acte, mais uniquement devant les organes des Parties Contractantes »⁴. D'ailleurs, la CEDH constituant un standard minimum de protection des libertés⁵, il serait tout à fait concevable qu'un Etat puisse décider de se

¹ Cette particularité de l'article 8 ne manque pas d'être relevée par la doctrine dubitative face à une application intersubjective du § 2 : par exemple T. Lahalle, obs. sous Soc. 12-1-1999, Spileers, JCP 99, I, 181 n° 3. Parfois, les tribunaux notent que l'article 8 ne prévoit aucune dérogation au profit d'une personne privée, afin de mieux stigmatiser une ingérence commise par un particulier dans le droit au respect de la vie privée d'autrui : Aix-en-Provence 7-1-1992, Juris-Data n° 049596.

² V. sur ce point l'affirmation assez péremptoire de Cour. trav. Bruxelles, 24-11-1977, Journal des Tribunaux du travail 78 p 63, qui explique la rédaction de l'article « parce que seule l'autorité publique dispose d'un droit de coercition vis-à-vis des citoyens ».

³ Le juge interne n'est pas assujéti aux mêmes restrictions de compétence que les organes de Strasbourg : V. Coussirat-Coustère, Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct, *in* La Convention européenne des droits de l'homme, Actes de la journée de Lille du 16-11-1991, Bruxelles Nemesis, 1992, p 14s.

⁴ J. de Meyer, *op. cit.*, p 2.

⁵ Ce principe est traditionnellement déduit de l'article 53 de la Convention (ancien article 60), qui indique qu'aucune de ses dispositions ne doit être interprétée comme limitant la protection offerte par les lois nationales ou les autres conventions internationales sur les droits de l'homme signées par les Etats parties : F. Sudre, La

montrer plus exigeant envers ses ressortissants ¹, tout en sachant qu'au niveau international ces derniers ne pourraient se voir imposer de telles obligations.

En réalité, les choses se présentent différemment dès l'instant où, saisis d'un litige purement horizontal, ne reprochant aucune ingérence à la puissance publique, les juges strasbourgeois vérifient si la responsabilité *de l'Etat* ne peut pas être exceptionnellement engagée ².

2/ La jurisprudence européenne.

63- Les instances européennes reprochent parfois à un Etat d'avoir, par sa passivité, permis la violation d'un droit garanti par la Convention. Si cette violation a été commise dans des relations juridiques purement privées, la dimension en est horizontale. Comme il s'agit d'envisager la responsabilité de l'Etat à Strasbourg, et non celle des particuliers devant le juge interne, on parle d'effet horizontal indirect ³. L'idée à retenir est ici la suivante : plutôt que de se voir reprocher une carence devant la Cour EDH, ne serait-il pas plus judicieux pour l'Etat d'empêcher à la base de telles violations d'origine privée des droits fondamentaux européens, en admettant l'effet réflexe de la Convention en droit interne ? La justification de l'effet horizontal résiderait alors ici dans la prévention de l'effet horizontal indirect, dont les manifestations doivent être rappelées.

En 1974, le rapport de la Commission EDH dans l'affaire Syndicat national de la police belge précisait qu'un Etat pouvait être obligé de prendre les mesures appropriées afin de protéger les individus « contre certaines formes d'ingérences émanant d'autres individus, groupes ou organisations »⁴. René Cassin avait déjà dit dès 1950, lors de la discussion du

dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux, *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *op. cit.*, n° 50s, spéc. n° 60.

¹ La subsidiarité de la CEDH permet « l'adoption de normes plus strictes de protection des droits de l'homme en vertu du droit interne » : L. Wildhaber (président de la Cour EDH), Intervention du 7 mars 2000, Bulletin d'information sur les droits de l'homme n° 49, Conseil de l'Europe, Septembre 2000, p 53.

² Exemples : Com. EDH 7-3-1964, X c/ Autriche, Ann. VII p 211 ; 3-5-1983, X c/ Pays Bas, DR 32 p 80 (« on pourrait faire valoir que la responsabilité du gouvernement néerlandais est engagée dans la mesure où il a l'obligation de veiller à ce que les règles adoptées même par une association privée, ne soient pas contraires aux dispositions de la Convention, notamment lorsque les tribunaux néerlandais sont compétents pour examiner les litiges relatifs à leur application ») ; 12-1-1994, Durini c/ Italie, Bull. dr. homme 3-94 p 133 obs. P. Kinsch (il s'agissait en l'espèce de dispositions testamentaires discriminatoires).

³ D. Spielmann, *op. cit.*, p 19. En langue allemande, on parle de mittelbare Drittwirkung : E.A. Alkema, The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights, *in* Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KG, 1988, p 33s, spéc. p 38.

⁴ Rapport du 21-5-1974, § 59, cité par G. Cohen-Jonathan, *in* chron. sous Cour EDH 6-2-1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, CDE 78 p 343.

Pacte sur les droits civils et politiques, qu'il incombait à chaque Etat de veiller à ce que les droits de l'homme « ne soient pas violés par des tiers »¹. Dans l'affaire précitée, la Commission retient que si l'attitude de la puissance publique permet *de facto* la réalisation de telles atteintes, sa responsabilité pourra dans certains cas être engagée. De même, la Cour EDH écarte en 1976 l'argument du gouvernement suédois soutenant que la Convention ne l'astreignait pas à veiller au respect des droits et libertés dans les relations de droit privé entre particuliers².

L'essor de l'effet horizontal indirect s'accroît avec l'affaire *Young, James et Webster*, où ces derniers avaient été licenciés pour refus d'adhésion à un syndicat. Les autorités britanniques plaidaient qu'on ne pouvait leur imputer les licenciements prononcés par des employeurs. Le rapport de la Commission traduit un certain agacement : « il est bien établi désormais que la Convention contient des articles (...) qui obligent l'Etat à protéger les droits de l'individu *même contre les agissements d'autrui* »³.

C'est toutefois l'arrêt de la Cour dans l'affaire *X et Y c/ Pays Bas* de 1985 qui paraît le plus déterminant et le plus explicite. L'Etat aurait dû adopter des mesures visant au respect de la vie privée « jusque dans les relations des individus entre eux », car à son engagement plutôt négatif de s'abstenir d'ingérences arbitraires pouvaient s'ajouter « des **obligations positives** inhérentes à un respect effectif » de ce droit⁴. Une telle dialectique est désormais souvent utilisée à l'égard de nombre d'articles de la Convention⁵. Il s'agit de ne pas tolérer qu'un Etat reste passif face à des atteintes d'origine privée aux droits fondamentaux européens. Comme on dit en Belgique, son « abstention culpeuse »⁶ doit être sanctionnée car il se présente, sur le

¹ Ass. Générale des Nations Unies, 5^e session, 3^e Commission, 300^e séance, 1-11-1950, p 207.

² Cour EDH 6-2-1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, Clunet 78 p 693 n. P. Rolland.

³ Rapport de la Commission EDH du 14-12-1979, AFDI 80 p 362 obs. G. Cohen-Jonathan et J.-P. Jacqué. Cette affaire mettait en jeu un accord de *closed shop*. Par cette clause d'entreprise fermée, un employeur s'engage à n'embaucher que des membres d'un syndicat, à congédier ceux qui n'y adhèreraient pas, voire à renvoyer les affiliés qui ne resteraient pas en bons rapports avec le syndicat (cf. J.-M. Verdier, *Rép. droit du travail*, V^o Syndicats professionnels, constitution et fonctionnement, 1977, n^o 193). L'art. L. 412-2, al. 3, du Code du travail permet en France de s'y opposer.

⁴ Cour EDH 26-3-1985, *X et Y c/ Pays Bas*, § 23.

⁵ V. notamment Cour EDH 21-6-1988, *Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche*, § 32-34 (art. 11); 25-3-1993, *Costello-Roberts c/ Royaume Uni* (art. 3 et 8) ; 9-12-1994, *Lopez Ostra c/ Espagne* (art. 8) ; 25-4-1996, *Gustafsson c/ Suède*, § 45 (art. 11), D. 97 p 363 n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; 10-5-2001, *Z et autres c/ Royaume-Uni* (art. 3).

⁶ J. Velu et R. Ergéc, *op. cit.*, n^o 93. A son échelle, et procédant à une analyse similaire, la Cour interaméricaine des droits de l'homme parle de « manque de diligence » ou encore de non-accomplissement par l'Etat de son devoir de garantie du libre et plein exercice des droits des personnes (arrêt du 29 juillet 1988, *Velasquez c/ Honduras*, RGDIP 1990 p 455 n. G. Cohen-Jonathan).

plan international, comme gérant et garant de tout rapport instauré au sein de son ordre juridique interne ¹. L'Etat peut en effet avoir créé les conditions de la violation horizontale des libertés, que ce soit du fait de sa législation ou de ses juridictions.

64- La loi interne est "en tort" lorsque l'acte juridique à l'origine de l'atteinte a été passé conformément à une disposition législative, qui habilitait ainsi potentiellement à léser les droits fondamentaux ². La sanction par l'effet horizontal indirect aurait alors semble-t-il pu être évitée si le juge interne avait soumis cette loi à un contrôle de conventionnalité par rapport à la norme européenne, faisant ainsi produire tous ses effets à la prééminence *verticale* de la CEDH.

C'est au contraire l'attitude du juge quant à l'effet *horizontal* de la Convention qui aura contribué à la sanction internationale de l'Etat lorsque l'acte juridique attentatoire aux libertés n'était pas la simple mise en œuvre d'une loi mais plutôt le fruit d'une liberté contractuelle en apparence totale. La juridiction interne eût été mieux inspirée de faire jouer l'effet réflexe de la Convention, ce qui aurait supprimé le risque d'une condamnation à Strasbourg, à condition toutefois que Cour EDH et juge national fussent parvenus à un résultat convergent...

65- Le mécanisme de l'effet horizontal indirect, tel qu'il a été décrit, suppose que l'article de la Convention dont la violation est soulevée se prête selon la Cour au régime des obligations positives. On retient classiquement en effet qu'un Etat n'a pas à intervenir de façon spontanée et systématique pour promouvoir le respect des droits fondamentaux dans les relations intersubjectives. Il n'y est pas formellement astreint par le texte de la Convention. Il faut donc attendre que la Cour se prononce au cas par cas, article par article ³. Il convient néanmoins de remarquer que l'effet réflexe serait encore plus systématiquement justifié au plan interne si la responsabilité internationale de l'Etat du fait d'une atteinte privée n'était pas soumise à cette "condition préalable", c'est-à-dire finalement si une ingérence privée tolérée

¹ C. Zanghi, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, in R. Cassin Amicorum discipulorumque liber, précité, p 269. Cf. également O. de Schutter, Epidémie du S.I.D.A. et droits de l'homme, RTDH 1994 p 59s, spéc. p 73, qui indique que l'Etat est responsable de « l'arrière-plan juridique sur fond duquel se déroulent les rapports privés ».

² Exemple : l'article 1, alinéa 2, de la loi du 2 juillet 1966 modifiée permet de s'opposer à l'installation d'une antenne individuelle dès lors qu'est faite une offre de raccordement à un réseau interne à l'immeuble. Or il peut arriver qu'un OPHLM interdise, sur la base de cette loi, la pose d'une parabole sur le balcon, alors que les prestations offertes par le réseau interne ne permettent pas de garantir au locataire la jouissance du droit à l'information déduit de l'article 10 de la CEDH (cf. T.I. Strasbourg 19-11-1996, LPA 17-12-1997 p 25 n. L. Bartmann, étudié *infra* n° 264).

³ La Cour EDH est prudente et se refuse en effet à échafauder une théorie générale des obligations positives, même si elle a indiqué récemment, au détour d'une argumentation, que les Etats avaient « l'obligation positive d'assurer à toute personne dépendant de [leur] juridiction de bénéficier pleinement, et sans pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention » : Cour EDH 31-7-2001, Parti de la prospérité et autres c/ Turquie, § 69.

par l'Etat suffisait à sceller sa condamnation. Une telle avancée nécessiterait au moins l'adoption d'un protocole additionnel ¹. Dans cette hypothèse, l'admission de l'effet horizontal deviendrait une nécessité pour l'Etat. L'éventualité décrite paraît néanmoins quelque peu prématurée, voire inadaptée à l'ordre juridique de certains pays. On pense à ceux où la CEDH n'est pas incorporée au droit interne : les obliger à appliquer la Convention dans les rapports privés alors que celle-ci n'est pas dotée de l'effet direct (au sens d'invocabilité) ne respecterait pas le cheminement logique conduisant à une intégration complète de la norme européenne.

Après avoir tenté de justifier la possibilité de l'effet réflexe de la CEDH, il convient de procéder à la même démarche s'agissant des normes constitutionnelles.

B- En faveur de l'effet horizontal des droits constitutionnels.

66- L'occasion a déjà été donnée de dire que les droits fondamentaux puisés dans le bloc de constitutionnalité avaient le désavantage d'être parfois voilés par un écran législatif, d'où la préférence des plaideurs pour les normes internationales. A ce manque d'attrait des droits constitutionnels, s'ajoute une incertitude tenant à la justification spécifique de leur effet horizontal. Ici, il paraît inutile de chercher à tirer argument de l'éventuelle responsabilité de l'Etat pour n'avoir pas admis l'effet réflexe. Le Conseil Constitutionnel n'est pas une Cour constitutionnelle devant laquelle il serait possible de solliciter la réformation de décisions de justice n'ayant pas sanctionné le respect des droits fondamentaux dans les relations intersubjectives. L'effet horizontal indirect ne peut donc pas jouer son rôle d'épouvantail. La situation française se distingue ici de la compétence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand ou du recours d'*amparo* ² exercé auprès du Tribunal constitutionnel espagnol. On peut certes estimer que la Cour de cassation impose pareillement par son contrôle des décisions des juridictions inférieures l'effet réflexe des droits constitutionnels, mais cela suppose résolue la question de l'admission de cet effet par la Cour, ce qui est précisément l'objet de la discussion...

¹ En ce sens, D. Spielmann, *op. cit.*, p 88.

² Ce recours individuel permet de saisir le Tribunal constitutionnel de la violation des droits fondamentaux par un organe juridictionnel, que le jugement critiqué porte atteinte à ces droits ou n'en assure pas la protection : M. Rodriguez-Pinero, La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Espagne, *in* J. Iliopoulos-Strangas (éd.), La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant Bruxelles, p 253s, spéc. p 291.

67- Il est vain de chercher dans la Constitution le principe de l'effet horizontal des droits qui y sont énoncés puisque, précisément, elle n'avait pas vocation à en consacrer directement. Aussi est-il presque exagéré de déduire de l'article 4 de la DDH (la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas **à autrui**), « l'exploration d'une relation horizontale entre les individus, placée sous le signe d'une identité des sujets et d'une réciprocité du droit »¹. Des formules étrangères sont beaucoup plus explicites : la Constitution espagnole soumet à son respect pouvoirs publics **et citoyens**, la Constitution portugaise prescrit l'applicabilité des droits et libertés aux entités publiques **et privées**²... Il faut plutôt se convaincre que certains droits ne peuvent se concevoir que si leur dimension horizontale est reconnue. Ainsi pour l'alinéa 5 du Préambule de 1946 : « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Ce principe serait d'une efficacité réduite s'il ne pouvait être opposé qu'à l'Etat par ses fonctionnaires et n'avait pas sa place dans les relations privées employeurs-salariés³. Il faut néanmoins concéder que pour des raisons d'efficacité déjà évoquées, le législateur a tenu à relayer, en le complétant, ce principe constitutionnel⁴. Cela limite l'intérêt de son invocation entre particuliers.

68- C'est en réalité vers la doctrine qu'il faut se tourner pour trouver des encouragements en faveur de l'effet réflexe. Les auteurs sont certes partagés. Ainsi pour M. Favoreu, le respect du bloc de constitutionnalité s'impose « bien sûr » aux particuliers⁵, alors que selon M. Drago, le prétendu effet horizontal nécessite le relais des principes généraux du droit, lois ou règlements afin de transposer les normes constitutionnelles « au niveau juridique utile pour les rapports entre personnes privées »⁶. Les avis divergent car l'effet réflexe de ces normes présente certains enjeux qui montrent que l'adoption de l'une ou l'autre thèse n'a rien de purement formel.

Il faut rappeler que l'admission de cet effet se traduit dans sa mise en œuvre par une sollicitation du juge (effet *direct* horizontal), accroissant ainsi son rôle. Or « dans une

¹ P. Bouretz, in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), Dictionnaire constitutionnel, PUF 1992, V° Droits de l'homme. On a pu voir dans l'article 4 les bases « d'une éthique juridiquement sanctionnée, fondée sur le respect de l'autre, qui s'impose à tous et dont on n'a pas encore fini de mesurer les exigences » : J. Rivero, Une éthique fondée sur le respect de l'Autre, in 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 179.

² C. Grewe et H. Ruiz Fabri, Droits constitutionnels européens, PUF Droit fondamental, 1995, n° 141.

³ En ce sens, J. Rivero, in R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, op. cit., p 314.

⁴ Article L. 122-45 du Code du travail.

⁵ L. Favoreu, in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), op. cit., V° Bloc de constitutionnalité.

⁶ G. Drago, Contentieux constitutionnel français, PUF Thémis, 1998, p 434.

démocratie représentative, c'est au Parlement que revient d'établir les équilibres entre divers droits fondamentaux ». La légitimité du juge dans cette tâche est donc posée ¹. Néanmoins l'argument ne paraît pas entièrement décisif dans la mesure où le législateur ne peut agir en toutes matières pour transcrire les principes constitutionnels. Si un acte juridique intervient dans un domaine laissé vierge par la loi, il convient tout de même de ne pas le laisser en dehors de la zone de protection constitutionnelle, d'où la nécessité d'admettre l'effet horizontal afin de parer à cette éventualité ². En ce sens la doctrine n'hésite pas à poser le principe général selon lequel les contrats et autres actes juridiques doivent respecter les droits de rang constitutionnel ³.

69- L'applicabilité directe de la norme suprême aux relations entre particuliers a également pour conséquence, dans les Etats fédéraux, d'entraîner une évolution du régime dans le sens de la centralisation, puisque les juridictions des Etats fédérés sont alors conduites par les plaideurs à solliciter la Constitution fédérale ⁴. Cet impact ne saurait en tout cas constituer un obstacle à l'effet horizontal en France qui, sous cet angle, peut accepter sans dommage de faire rayonner les droits constitutionnels dans les rapports privés.

Comment est admis plus globalement l'effet horizontal des droits fondamentaux ?

Section 2° : Admission de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

70- Au-delà des arguments théoriques, il convient d'illustrer la réception pratique de la doctrine de l'effet réflexe. Cela n'a pas grand intérêt lorsque c'est un droit lisible dans une loi qui est concerné, puisque le juge applique sans difficulté les normes législatives aux actes juridiques. C'est lorsque le droit fondamental réside seulement dans un texte supranational ou constitutionnel que l'étude se justifie.

¹ Sur cet enjeu, cf. J.-Y. Chérot, *loc. cit.*, p 15.

² Cf. M. Frangi, *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, PUAM Economica, 1992, n° 8, qui cite comme activités non réglementées les médecines parallèles, l'astrologie, les contrats d'agences matrimoniales ou de détectives privés.

³ M. Frangi, *op. cit.*, n° 180 ; B. Amar-Layani, *op. cit.*, n° 65 ; B. Mathieu, *loc. cit.*, p 63. Cf. également F. Barloy, *Le contrat et la norme juridique en droit public français, contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat*, Th. Montpellier I, 1995, p 343 : la Constitution est la norme la plus élevée dans l'échelle des normes applicables au contrat.

⁴ J.-Y. Chérot, *loc. cit.*, p 16.

S'agissant des libertés garanties par le droit communautaire ¹, leur application intersubjective par le juge interne sera conditionnée par le statut de leurs textes supports, tel que défini par la Cour de Justice ². Ainsi, l'arrêt U.C.I. de 1974 a précisé que les dispositions du traité de Rome prohibant les discriminations en raison de la nationalité « peuvent être prises en considération, par le juge national, en vue d'apprécier la validité ou les effets d'une disposition insérée dans le règlement d'une organisation sportive ». Il ne serait pas cohérent en effet que les efforts demandés aux Etats dans ce domaine puissent être neutralisés « par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public »³.

Cette irradiation des actes privés par des règles communautaires a été confirmée avec éclat dans l'arrêt Defrenne II de 1976 ⁴. La Commission prétendait que l'effet direct du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes ne s'étendait pas aux relations entre personnes privées. La Cour de Luxembourg affirme au contraire que la prohibition des discriminations s'étend aux conventions collectives ⁵ et aux contrats entre particuliers. Cette règle pourra donc être invoquée devant les tribunaux nationaux dans un litige opposant un salarié à son employeur.

71- S'agissant de l'effet réflexe des droits fondamentaux européens et constitutionnels, il se déduit parfois de certaines dispositions législatives. C'est le cas de l'article L. 120-2 du Code du travail qui impose de manière générale à l'employeur le respect des droits et libertés des salariés, dans lesquels il faut précisément reconnaître ceux qui figurent dans la CEDH et dans le bloc de constitutionnalité ⁶. Les tribunaux n'ont cependant pas attendu l'adoption de cette disposition de principe (loi du 31 décembre 1992) pour introduire les droits fondamentaux dans les relations interindividuelles. Il est ainsi possible de citer l'affaire Pédrone où un salarié avait été licencié en raison de conclusions déposées lors d'une précédente instance prud'homale : la chambre sociale de la Cour de cassation relève d'office,

¹ Pour une étude détaillée des droits et libertés protégés dans l'Union européenne : J. Rideau, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1997, t. 265, Nijhoff, 1999, spéc. p 76s.

² Pour une synthèse de l'applicabilité plus ou moins complète des différentes catégories de normes communautaires, on renverra à G. Isaac, *Droit communautaire général*, éd. A. Colin, 6^o éd. 1998, p 175s.

³ CJCE 12-12-1974, *Union Cycliste Internationale*, CDE 76 p 204 n. Ph. Delannay.

⁴ CJCE 8-4-1976, *Defrenne II*, CDE 77 p 168 n. O. Stocker, RTDE 76 p 521 n. Ch. Philip.

⁵ Cf. J. Boulouis, *La convention collective à l'épreuve du droit communautaire*, in *Mélanges J. Savatier*, PUF 1992, p 79.

⁶ En ce sens, M.-C. Escande-Varniol, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, *Dr. ouvrier* 12-1997 p 478s, spéc. p 485.

après avoir visé l'article 6 de la Convention européenne et la liberté des droits de la défense, que la production de l'écrit litigieux dans le cours d'un procès ne saurait constituer une faute puisqu'elle ne relève que de « l'exercice d'une liberté fondamentale »¹. Il s'agit bien de s'assurer qu'un droit garanti à la fois par un article de la CEDH et par un PFR² a été respecté dans une relation juridique privée et de lui conférer ainsi un effet horizontal.

La reconnaissance de cet effet de la norme européenne d'une part (§ I) et des droits fondamentaux constitutionnels d'autre part (§ II) doit être plus précisément explicitée.

§ I : Reconnaissance de l'effet horizontal de la CEDH.

C'est évidemment la situation française qui nous intéressera au premier chef (A-), mais les solutions prévalant dans d'autres pays membres du Conseil de l'Europe ne sont pas sans pertinence (B-), à partir du moment où la même norme y est appliquée. Que ces solutions se situent en deçà ou au-delà de la position française ne saurait être indifférent car elles sont susceptibles de faire évoluer le consensus européen qui détermine les orientations de la jurisprudence de la Cour EDH.

A- En France.

72- Le Professeur J. Mestre a pu écrire en 1996 qu'il était évident que « tôt ou tard, la Convention européenne des droits de l'homme exercerait une influence sur le contenu des contrats en droit interne, à travers la remise en question de certaines stipulations jugées par trop attentatoires à ces droits et aux libertés fondamentales »³. C'est un arrêt de la première chambre civile de 1990 qui semble constituer la première reconnaissance de l'effet réflexe de la Convention par la Cour de cassation⁴. Il n'apparaîtra pas ici comme l'exemple le plus caractéristique car c'est un simple fait juridique qui a donné lieu à son prononcé.

¹ Soc. 15-11-1990, Bull. V n° 560.

² La chambre sociale n'a pas prononcé le mot mais la liberté des droits de la défense fait assurément partie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république (CC 2-12-1976, Rec. p 39). En ce sens, A. Jeammaud, Le droit constitutionnel dans les relations du travail, AJDA 1991 p 612s, spéc. p 620.

³ J. Mestre, obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, RTDC 96 p 897.

⁴ Civ. 1°, 23-10-90, Bull. I, n° 222. On peut considérer que dans un arrêt précédent du 31 janvier 1989 (Bull. civ. I, n° 47), la première chambre civile avait déjà admis implicitement l'effet horizontal de la norme européenne, même si le débat s'était "verticalisé" devant la haute juridiction. Le litige opposait un enseignant et son employeur, l'institution Notre-Dame-de-Garaison, au sujet d'un roman virulent à l'encontre de la directrice de cet établissement. La Cour d'appel de Pau avait « d'office, déclaré applicable aux faits de la cause l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme » et confirmé la saisie provisoire de l'ouvrage

Un journal avait révélé sans autorisation les habitudes d'un jeune prince. La Cour d'appel de Paris condamne le journaliste et la société éditrice à 50 000 F de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par l'atteinte portée à la vie privée ¹. Le pourvoi prétend que la juridiction du second degré aurait violé l'article 10 de la CEDH, car sa décision équivaudrait à une ingérence de l'autorité judiciaire dans le droit à la liberté d'expression. La première chambre civile estime que la Cour d'appel a pu prononcer la condamnation sans méconnaître l'article 10 de la Convention, « dont le point 2 prévoit certaines limites à la liberté d'expression et en faisant application de l'article 8-1 de la même convention ».

Deux éléments doivent être soigneusement distingués. L'article 10 était semble-t-il invoqué dans une perspective *verticale* : les demandeurs au pourvoi soutenaient que la Cour d'appel avait violé cette disposition, en négligeant qu'elle puisse leur conférer des droits (effet direct). La Cour de cassation, sans doute irritée que les plaideurs tentent d'exploiter à leur profit les potentialités d'une norme étrangère ², recourt elle aussi à la Convention en retenant que les juges d'appel n'ont fait qu'appliquer à l'espèce l'article 8. Or il faut prendre la mesure d'une telle affirmation : la Cour de cassation reconnaît nécessairement que cette norme est apte à gouverner un litige entre personnes privées, à rayonner *horizontalement* ³. Les journaux à scandales sont eux-mêmes astreints aux commandements européens, et donc à épargner la vie privée des personnes, couronnées ou non.

Si cette décision ne présente pas les caractéristiques d'un arrêt de principe, sa solution digne d'intérêt n'étant affirmée qu'au détour de l'argumentation, elle bénéficie en revanche de l'autorité conférée par la vocation généraliste de la formation qui l'a rendue, la première chambre civile. Ce n'est pas le cas de l'arrêt *Mel Yedei*, qui reconnaît l'effet horizontal de la CEDH dans les relations locataire-bailleur et qui émane de la troisième chambre civile de la Cour de cassation (**1/**). Quant à l'arrêt *Spileers*, qui consacre le même effet dans les relations salarié-employeur, il a été rendu par la chambre sociale (**2/**).

sur tout le territoire français. La Cour de cassation, au visa de l'article 10 de la CEDH (liberté d'expression), annule l'arrêt dans toutes ses dispositions, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir constaté « la réunion des conditions d'application de la règle de droit conformément à laquelle ils avaient décidé de trancher le litige » : ils auraient dû caractériser l'adéquation de la saisie au but poursuivi et donc sa nécessité.

¹ Paris 1-2-1989, D. 90 p 48 n. E. Agostini.

² La configuration de l'espèce rappelle l'affaire *Respino* (Crim. 3-6-1975, RSC 76 p 140 obs. J. Robert) où ce détenu invoquait lui aussi la CEDH, le commentateur précité soulignant : « appliquée à l'escroc aussi international qu'incorrigible, l'argumentation ne manquait pas de saveur ».

³ En ce sens G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, préparation au C.R.F.P.A., Montchrestien, 2^o éd. 1999, p 72.

1/ L'arrêt Mel Yedei : CEDH et contrat de bail.

73- Les clauses d'un bail d'habitation peuvent-elles priver le locataire de la possibilité d'héberger ses proches ? Telle est la question résolue par la Cour de cassation le 6 mars 1996. Les faits étaient les suivants : le contrat de bail liant Mme Mel Yedei à l'office public d'aménagement et de construction de la ville de Paris (OPAC) stipulait que les locaux ne pouvaient être occupés que par le locataire et ses enfants, ce qui peut se comprendre s'agissant d'appartements attribués en fonction des ressources du preneur. Mme Mel Yedei hébergeant le père de ses deux derniers enfants ainsi que sa sœur, l'office demande la résiliation du bail pour hébergement de tiers.

Le fait que l'OPAC soit un établissement public industriel et commercial, c'est-à-dire une personne publique, ne doit pas induire en erreur : le contrat liant les deux parties est purement privé. Ce n'est pas un acte juridique différent de celui qui pourrait lier un locataire à une personne privée, d'où la possibilité de généraliser la solution retenue.

La Cour d'appel de Paris avait débouté l'office au motif principal que les personnes hébergées, des proches de la locataire, ne pouvaient être considérées comme des tiers. C'était là une motivation assez classique ¹. Le pourvoi de l'OPAC développe alors toute une série d'arguments, auxquels la troisième chambre civile ne répondra pas. Elle ne s'engage pas dans la discussion, court-circuitant d'office les termes du débat : les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, « en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches »².

74- Sur le fond, la solution s'imposait. Le logement étant le sanctuaire de la vie privée ³, le bailleur ne doit pas pouvoir profiter de sa position de force pour porter atteinte au droit au respect de celle-ci. C'est la voie choisie par la Cour de cassation qui requiert cependant la plus grande attention. Elle aurait pu décider, comme la Cour d'appel de Paris en 1988, qu'une telle clause d'habitation personnelle, si elle était prise au sens littéral, aurait pour effet d'interdire au preneur toute vie familiale, voire toute vie affective ⁴, c'est-à-dire qu'elle accorderait au

¹ En ce sens déjà, Civ. 3^o, 7-2-1962, JCP 62, II, 12727, n. R. Désiry ; Paris 27-2-1987, D 87, IR p 81.

² Civ. 3^o, 6-3-1996, Mel Yedei, Bull. III, n^o 60 ; JCP 96, I, 3958, n^o 1, obs. Ch. Jamin ; JCP 97, II, 22764 n. Nguyen Van Tuong ; D 96, SC p 379 obs. CRDP Nancy II ; D 97 p 167 n. B. de Lamy ; RTDC 96 p 580 obs. J. Hauser, p 897 obs. J. Mestre, p 1024 obs. J.-P. Marguénaud ; Rép. Def. 96 p 1432 obs. A. Bénabent ; AJPI 96 p 704 obs. B. Wertenschlag ; RDI 96 p 620 obs. F. Collart-Dutilleul ; Rev. Huissiers 96 p 693 obs. G. Teillais.

³ M. Grimaldi, Le droit au logement, in Travaux de l'association H. Capitant, Journées mexicaines, 1982, Economica 1984, p 421.

⁴ Paris, 28-11-1988, Loyers et Copropriété 2-89, n^o 46.

bailleur « un droit de regard et d'ingérence (...) que la législation et la morale actuelle n'accordent pas aux parents sur les agissements de leurs enfants »¹. La troisième chambre civile préfère se fonder sur la CEDH, comme l'avait déjà fait le Tribunal d'instance de Paris en 1992, qui avait estimé qu'une demande de résiliation de bail fondée sur l'hébergement de tiers constituait « incontestablement une atteinte au respect de la vie privée telle que protégée par la Convention européenne des droits de l'homme » (article 8, § 1)².

Par cet arrêt, la cour suprême impose le respect de la norme européenne dans un rapport de droit privé, c'est-à-dire dans des relations horizontales. La CEDH s'empare de la convention de bail³, ce qui explique l'inefficacité de l'argument du pourvoi invoquant les termes du contrat, que les juges d'appel auraient dénaturés, violant l'article 1134 du Code civil. Le fondement choisi par la Cour de cassation, qui ne s'imposait pas pour trancher le litige en faveur de Mme Mel Yedei⁴, n'en a que plus d'éclat. La haute juridiction adopte une bienveillance similaire à l'égard de la norme européenne dans l'affaire Spileers, où le respect du domicile était une nouvelle fois en jeu.

2/ L'arrêt Spileers : CEDH et contrat de travail.

75- Un employeur peut-il imposer à son salarié un lieu domiciliaire déterminé, le domicile étant entendu ici moins comme une localisation de droit par opposition à une résidence de fait, mais plutôt comme le siège principal où s'établit le salarié et sa famille (conjoint, enfants) ? La chambre sociale a eu l'occasion de se prononcer sur la question en 1993. Elle a décidé, sans mobiliser aucunement la CEDH, que le directeur d'un supermarché, dont le contrat de travail contenait une clause de mobilité, n'était pas tenu de résider avec sa

¹ Paris, 5-2-1988, D. 88, IR p 59.

² TI 13° arrdt Paris, 21-5-1992, GP 92, 2, Som. p 319. Récemment, et postérieurement à l'arrêt *Mel Yedei*, la Cour d'appel de Versailles a au contraire superbement ignoré la CEDH : elle justifie la résiliation d'un bail en considérant que l'hébergement du père de ses enfants constitue pour la locataire un manquement grave et persistant à ses obligations contractuelles et légales (Versailles 29-1-1999, HLM d'Eure et Loir c/ Martins de Medeiros, D. 2001, SC p 169 obs. CRDP Nancy II).

³ Selon J. Raynard (obs. *in* RTDC 1999 p 920s, spéc. p 923), il s'agit d'un domaine « où le candide ne voyait pas nécessairement, en tout cas plus qu'ailleurs, matière à attenter aux droits de l'homme ».

⁴ Une grande partie de la doctrine a relevé que le visa de l'article 6 du Code civil aurait pu suffire : v. notamment les observations de MM. Jamin, Mestre et Marguénaud.

famille dans la commune d'implantation du magasin ¹, c'est-à-dire d'y transférer de manière permanente son lieu de vie.

En 1999, la Cour de cassation est saisie de l'affaire Spileers. Le contrat de cet attaché commercial prévoyait une obligation de mobilité, assortie d'une obligation de transfert du domicile dans la nouvelle région d'activité. La Cour d'appel avait jugé licite cette dernière disposition et décidé que le licenciement fondé sur son non-respect reposait sur une cause réelle et sérieuse. La chambre sociale, après avoir visé l'article 8 de la Convention européenne, énonce que le libre choix du domicile personnel et familial est garanti par cet article ; elle casse l'arrêt de la Cour d'appel pour défaut de base légale, celle-ci n'ayant pas vérifié le caractère indispensable et proportionné de la restriction apportée par l'employeur à cette liberté ². Il est ainsi manifeste que la CEDH constituait la loi à appliquer aux parties, ayant ainsi vocation à régir une relation intersubjective, et ce directement. L'admission de cet effet horizontal est délibérée ³ car le recours à la norme européenne aurait pu, semble-t-il, être évité : l'article 9, alinéa 1, du Code civil, qui garantit le droit au respect de la vie privée ne pouvait-il pas fonder la liberté du domicile, dès lors qu'il est admis que l'inviolabilité de ce dernier entre dans le champ d'application de l'article ⁴ ? Secret et liberté sont en effet les deux composantes du respect de la vie privée ⁵ ; étendre ce droit au respect du domicile devrait impliquer la protection de celui-ci dans ces deux même composantes.

La sollicitation de la CEDH semble d'autant plus réfléchie qu'en rendant un arrêt de cassation, visant la Convention et comportant un "chapeau" d'inspiration européenne, la chambre sociale réunit toutes les conditions pour que sa décision ne passe pas inaperçue. En ce sens, on peut dire à rebours que l'arrêt Mel Yedei, plus discret car de rejet, s'inscrivait dans une logique de "petits pas", avec cette caractéristique de mettre en lumière une réelle

¹ Soc. 4-2-1993, Liaisons sociales, législation sociale n° 6838, p 11. Sur la licéité des clauses de mobilité, v. E. Dockès, La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, Dr. social 1997 p 140s, spéc. p 145.

² Soc. 12-1-1999, Spileers, Dr. social 99 p 287 obs. J.-E. Ray ; RJS 2/99 p 94 chron. J. Richard de la Tour ; TPS 4-99 p 4 chron. Ch. Pettiti ; RJPF 99 n°3 p 8 n. E. Garaud ; D. 99 p 645 n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; LPA 18-3-99 p 12 n. G. Picca et A. Sauret ; *ibid.* 31-3-1999 p 10 obs. B. Gauriau ; JCP 99, I, 181 n° 3 obs. T. Lahalle ; TPS 99, comm. 96, obs. P.-Y. Verkindt.

³ V. les propos explicites du Conseiller référendaire à la Cour de cassation J. Richard de la Tour, précité : « en se fondant sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, la chambre sociale manifeste clairement sa volonté d'utiliser pleinement les normes juridiques internationales applicables en droit interne et de rendre celles-ci efficaces et concrètes pour les relations entre employeurs et salariés ».

⁴ S'agissant du domicile d'une personne morale, cf. Crim. 23-5-1995, Bull. n° 193, RTDC 96 p 130 obs. J. Hauser.

⁵ P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée, Economica, 3° éd. 1995, n° 6.

coordination entre les différentes formations de la juridiction suprême. Les deux décisions étudiées se complètent d'ailleurs parfaitement dans la mesure où l'arrêt Mel Yedei consacrait l'effet horizontal de l'article 8 § 1, c'est-à-dire une disposition récongnitive d'un droit, tandis que l'arrêt Spileers peut s'analyser comme admettant l'effet réflexe de l'article 8 § 2, c'est-à-dire une disposition permettant l'ingérence dans un droit ¹.

76- On ne peut manquer de relever que dans les deux arrêts cités, la reconnaissance de la diffusion horizontale de la norme européenne se fait au détriment du partenaire dominant dans la relation contractuelle, bailleur ou employeur. Il ne faut pas s'en étonner ² : l'objectif de l'effet réflexe consiste avant tout à **protéger** les libertés et, dans des rapports déséquilibrés, cela se traduit par des obligations imposées au contractant en position de force. L'effet horizontal des droits fondamentaux participe en ce sens à la lutte contre les abus de puissance économique ou sociale ³. Ce mouvement n'étant pas spécifiquement français, il se vérifie dans d'autres pays.

B- Dans d'autres pays du Conseil de l'Europe.

77- Certains Etats ont admis beaucoup plus rapidement que la France l'effet réflexe de la CEDH dans leur droit interne. Ainsi la Cour Suprême fédérale de la R.F.A. estime dès 1958 que l'article 8 crée non seulement une obligation pour l'Etat et ses représentants mais doit également être respecté par les individus dans leurs rapports mutuels (*Privatrechtsverkehr*) ⁴.

Aux Pays-Bas, c'est le gouvernement lui-même qui, en 1975, affirme de façon générale que les articles contenus dans des instruments internationaux et qui concernent les droits fondamentaux peuvent être invoqués par les particuliers dans leurs relations privées ⁵. Une telle prise de position, émanant du pouvoir politique, doit être saluée car cela n'est pas si

¹ Une position plus sceptique consistera à estimer que la Cour de cassation n'a fait qu'appliquer l'article L. 120-2 du Code du travail, sans le faire de façon explicite puisque ce texte n'était pas en vigueur à l'époque des faits.

² Un auteur a cependant vivement dénoncé cette sollicitude « à sens unique » : M. Billiau, Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 119s, spéc. p 131.

³ Cf. D. Capitant (Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, Th. Paris I, 1996, p 274), qui parle de « socialisation » du droit privé. Sur le sujet, v. notamment D. Mazeaud, La réduction des obligations contractuelles, *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, colloque Chambéry du 28-11-1997, Dr. et patrimoine 3/98 p 58, qui évoque « un droit contractuel de crise, un droit *social* des contrats animé par un esprit de solidarité » ; Ch. Jamin, Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 441.

⁴ Décision du 20-5-1958, citée par A. Drzemczewski, La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers, CDE 1980, n° 1, p 3s, spéc. p 11s.

⁵ Cf. D. Spielmann, *op. cit.*, p 57s.

fréquent et explicite. Le contexte judiciaire néerlandais de l'époque était beaucoup plus réfractaire à cet effet horizontal. Dans une affaire où un propriétaire réclamait la résiliation du bail car la locataire hébergeait des animaux domestiques en violation des dispositions du contrat, la défenderesse invoquait l'article 8 de la Convention pour contester la force obligatoire de la prohibition incriminée. On aurait pu concevoir que le juge réponde que la CEDH n'a pas pour objet premier de conférer le droit de transformer son appartement en zoo, la Convention s'étant avant tout attachée selon son préambule à garantir les « libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde ». Le juge hollandais préfère débouter la locataire en considérant que l'article 8 « a exclusivement trait à l'exercice de l'autorité publique, et n'affecte en rien la liberté contractuelle »¹. Il s'agit véritablement d'un refus de la dimension horizontale de l'effet direct de la norme européenne, qui n'irriguerait pas les actes juridiques privés.

En 1976, la Cour de cassation néerlandaise adopte la même attitude réservée. Des élèves d'une école catholique-romaine se voient refuser son accès, après que leurs parents se furent opposés à ce qu'ils suivent les leçons de religion et d'éducation sexuelle. Ces derniers invoquent les articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 10 (droit à la liberté d'expression) de la Convention, ainsi que l'article 2 du premier protocole additionnel (droit à l'instruction). La Cour estime que les dispositions invoquées « imposent des obligations à l'Etat et non à des institutions d'enseignement privées »². Les raisons de la réticence sont aisément identifiables : formellement, ces trois articles font essentiellement mention des ingérences ou devoirs *de l'Etat*³.

78- C'est en réalité la jurisprudence belge qui doit plutôt être citée en modèle s'agissant de l'acceptation de l'effet horizontal de la CEDH. Elle décide par exemple dans les années 1970 que la clause du règlement général d'une école confessionnelle, autorisant le licenciement d'un enseignant qui contreviendrait aux normes de la moralité catholique (par l'adultère notamment), est contraire à l'article 8 de la Convention européenne⁴, car elle

¹ J. paix Gouda, 20-6-1974, CDE 76 p 327.

² Cass. Pays-Bas, 9-4-1976, CDE 1978, p 498.

³ C'est surtout vrai pour l'art. 8, § 2, de la Convention et pour la seconde phrase de l'art. 2 du Protocole. L'art. 10 ne mentionne l'Etat qu'en matière de radiodiffusion, cinéma et télévision.

⁴ Cour. trav. Bruxelles, 24-11-1977, Journal des Tribunaux du travail 78 p 63 : « ce serait mettre les puissances privées au-dessus de la loi » que d'admettre qu'elles puissent « imposer la renonciation contractuelle, soit à l'ensemble des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde, soit à l'une quelconque d'entre elles ».

autorise l'employeur à s'immiscer dans la vie privée de ses salariés ¹. Cette mobilisation horizontale de la norme européenne est d'autant plus remarquable qu'à la même époque, en France, un problème identique appelait une solution différente. Les cadres juridiques respectifs n'étaient il est vrai pas comparables : à l'époque des faits ayant donné lieu à la retentissante affaire Dame Roy ² (cette institutrice d'un établissement privé d'enseignement catholique avait été licenciée en raison de son remariage après divorce), notre pays n'avait pas encore ratifié la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ! Quoiqu'il en soit, les motifs alors retenus montraient que l'heure n'était pas encore venue de soumettre les actes juridiques des personnes privées à l'influence des droits fondamentaux. En se retranchant derrière les termes du contrat de travail, dans lequel les convictions religieuses de l'enseignante ³ avaient été incorporées « volontairement », pour donner gain de cause à l'employeur, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'imposait guère la diffusion horizontale de la liberté du mariage, droit fondamental sur lequel avait été placé le débat en France.

Les juridictions belges ont également annulé pour violation de l'article 8 de la CEDH un contrat par lequel un détective privé était chargé d'enregistrer les conversations d'un tiers au domicile de celui-ci et à son insu (il s'agissait de prouver un adultère) ⁴.

79- On ne s'étonnera pas que la Cour de cassation belge estime parfois que ses juridictions inférieures se montrent trop clémentes dans l'admission de l'effet réflexe de la Convention. Dans une espèce où un évêque avait retiré sa charge sacerdotale à un prêtre, la Cour d'appel de Mons estime qu'il lui appartient de rechercher si la sanction a été prise au terme d'une procédure respectant « le droit de la défense et le principe du contradictoire qui trouvent un fondement textuel dans l'article 6 § 1 de la Convention ». Elle soumet donc les actes d'une institution non étatique au respect des règles européennes. L'arrêt est cassé, la haute juridiction belge constatant la présence d'une sorte d'écran constitutionnel entre la

¹ Cour trav. Bruxelles, sect. Anvers, 4-5-1973, RW 73-74, col. 382. Cf. cependant CE belge, 20-12-1985, Van Peteghem (*in* O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, Droit international des droits de l'homme devant le juge national, Larcier, 1999, p 287), qui annule le refus du ministre de l'éducation nationale de relever de ses fonctions une enseignante du culte catholique qui s'était remariée sans que son premier mariage ait été dissous religieusement ; l'ingérence dans la vie privée est considérée comme nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui (art. 8, § 2, CEDH), en l'espèce la liberté des cultes garantie par l'article 9 de la Convention.

² Aix-en-Provence 2-12-1971, JCP 72, II, 17085 n. N.S. ; Ch. mixte 17-10-1975, D. 76 p 511 n. P. Guiho ; Lyon 7-10-1976, JCP 77, II, 18615 n. R. Lindon ; Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541 concl. R. Schmelck et n. Ph. Ardant, *ibid.* IR p 391 obs. J. Péliissier, JCP 78, II, 19009 rapp. Sauvageot et n. R. Lindon.

³ C'est-à-dire son adhésion à la doctrine catholique qui proscrit le remariage après divorce.

⁴ T. civ. Bruxelles, 6-4-1976, Pasicrisie 76, III, 51. Le recours, par un assureur, à des détectives privés ne déclenche pas forcément l'ire de la Cour EDH, du moins quand l'assuré, débouté de son recours devant les juridictions civiles, obtient des dommages et intérêts au pénal (décision Verlière c/ Suisse du 28 juin 2001).

sanction litigieuse et la CEDH : « compte tenu du principe de non-ingérence de l'Etat dans l'organisation interne des cultes énoncé par l'article 21 de la Constitution, la cour d'appel n'avait, dès lors, pas le pouvoir d'apprécier le caractère équitable de la procédure »¹. En l'espèce, il ne s'agit pas à proprement parler d'un rejet de la doctrine de l'effet horizontal, mais plutôt de la prise en compte d'un obstacle spécifique tiré de l'ordre interne, dont la Cour européenne fait parfois peu de cas.

L'engouement belge pour la *Drittwirkung* de la CEDH se heurte cependant à une limite intrinsèque : imposer aux particuliers de respecter la Convention dans leurs relations privées ne les astreint pas à promouvoir l'attribution effective des droits énoncés à l'ensemble de leurs compatriotes. Seul l'Etat pourrait se voir imputer une telle mission. Les simples particuliers n'ont pas d'obligations positives. L'illustration peut venir d'une espèce où une société privée de fourniture de gaz et d'électricité (l'U.N.E.R.G.) avait fermé les compteurs d'une locataire n'ayant pas acquitté ses factures depuis deux ans et dont la dette continuait à croître de façon vertigineuse en raison d'une consommation totalement anormale. L'appelante se plaint d'une violation de l'article 3 de la CEDH, la coupure ayant pour conséquence selon elle de lui infliger, ainsi qu'à sa famille, « un traitement incompatible avec la dignité de la personne humaine ». La société ne conteste d'ailleurs pas que l'alimentation en gaz et en électricité soit indispensable à cette dignité. La Cour d'appel de Bruxelles estime cependant que si l'article 3 impose à l'Etat belge des obligations positives, « notamment celle d'organiser une aide sociale en faveur des personnes menacées d'une atteinte à leurs droits subjectifs fondamentaux », cela ne fait pas naître dans le chef de l'U.N.E.R.G. l'obligation d'apporter, en lieu et place des services publics chargés de l'aide sociale, l'assistance dont ses clients ont besoin². L'effet réflexe des droits fondamentaux européens n'est pas synonyme de solidarité généralisée entre particuliers, les créances des cocontractants en position de force étant d'ailleurs elles-mêmes protégées par la CEDH (article 1 du premier Protocole additionnel) car constitutives de « biens » au sens de cet article³.

Qu'en est-il des droits fondamentaux constitutionnels ?

¹ Cass. belge, 1^o ch., 20-10-1994, Rev. crit. jurisprudence belge 96, 2, p 119 n. F. Rigaux. La décision est publiée et commentée in O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p 205.

² Bruxelles, 25-2-1988, Jurisprudence Liège Mons et Bruxelles 89 p 1132. En France, un décret du 20 juin 2001 permet de demander à une commission départementale une aide au paiement de sa facture d'électricité et, dans l'attente de la décision, la personne bénéficie du maintien d'une puissance minimum d'énergie.

³ Com. EDH, 5-10-1978, De Napoles Pacheo c/ Belgique, DR 15 p 143 ; Cour EDH, 26-6-1986, Van Marle, qui qualifie de « bien » toute valeur patrimoniale.

§ II : Reconnaissance de l'effet horizontal des droits fondamentaux constitutionnels.

80- Pour illustrer l'applicabilité aux actes juridiques des libertés consacrées par des normes constitutionnelles, il conviendra là encore d'examiner l'attitude française (**A-**) puis les solutions étrangères (**B-**). Certes, les textes appliqués ne sont pas formellement identiques selon les pays, pas plus que l'organisation des systèmes juridiques respectifs (cas des Etats où une Cour constitutionnelle contrôle la régularité des décisions de justice). En revanche, à partir du moment où, quant au contenu, les normes fondamentales ne sont pas si éloignées les unes des autres (on a parlé notamment de culture constitutionnelle européenne unique ¹), il est tentant de comparer l'usage horizontal qui en est fait.

A- L'attitude française.

81- L'effet réflexe des droits fondamentaux constitutionnels est admis par nos juridictions même si son utilisation reste prudente par une sorte de complexe originel ². Les cas dans lesquels il est admis n'en sont que plus remarquables tant il est alors évident que l'entreprise a été mûrement réfléchie. Certaines situations requièrent il est vrai une prégnance absolue du bloc de constitutionnalité, le rendant mobilisable jusque dans les relations privées.

Dans une affaire jugée en 1947 par le Tribunal civil de la Seine, une dame Burdy avait légué à sa petite fille son argenterie, ses fourrures, meubles et autres bijoux. Le *post scriptum* de son testament précisait néanmoins : « si ma petite fille épousait un juif, je révoque le legs fait à son profit et j'en dispose au profit de l'Œuvre des orphelins d'Auteuil ». Le tribunal juge cette condition illicite car elle viole l'alinéa 1 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés »³. Il s'agit bien de soumettre un acte juridique privé au respect des principes supérieurs. Cette utilisation horizontale de la Constitution permet de venir à bout de la disposition litigieuse.

¹ A. Manassis, La Constitution au seuil du XXI^e siècle, in Mélanges N. Valticos, éd. A. Pedone, 1999, p 673 ; v. également D. Rousseau, Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux, in H. Gaudin (dir.), Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?, colloque La Rochelle 6/7-5-1999, Economica, 2001, p 160.

² Un auteur a fait remarquer que s'agissant du respect des règles constitutionnelles par les normes de droit privé, « en France, on a quelques petits problèmes » : B. Mathieu, Discussion, in P. Bon (coord.), Etudes de droit constitutionnel franco-portugais, Journées d'études 9/10-11-1990, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Economica, 1992, p 335s, spéc. p 339.

³ Trib. civ. Seine, 22-1-1947, D. 47 p 126 ; GP 47, I, p 67 ; RTDC 47 p 213 obs. R. Savatier. Cf. également Cl. Franck, Droit Constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, 1978, p 16.

Humainement indispensable, la solution retenue n'en est pas moins juridiquement très audacieuse. Il faut remarquer en effet que la norme constitutionnelle visée avait dans son esprit une portée essentiellement verticale : c'est l'Etat qui semble se soumettre au principe énoncé. Certes, la dame Burdy fait elle aussi partie du « peuple français ». De même, ne fallait-il pas être assez audacieux pour classer le droit d'hériter de fourrures parmi les prérogatives inaliénables et sacrées ? En réalité, c'est évidemment le droit de ne pas subir de discriminations qui est protégé : la clause est contraire « à l'esprit de notre droit actuel, qui est basé sur l'égalité de tous, sans aucune discrimination », précise le jugement.

82- En 1952, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que la reconnaissance du droit de grève par la Constitution de 1946 (la haute formation ne juge pas utile de préciser qu'il s'agit plus précisément de son Préambule), est inconciliable avec la rupture des contrats de travail qu'entraînerait l'exercice de ce droit ¹. Un employeur, personne privée, ne peut sanctionner la mise en œuvre de cette liberté par ses salariés, laquelle doit ainsi être respectée dans les relations interindividuelles. La solution s'imposait sauf à laisser lettre morte ce PPNT (« le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent »). C'est une pierre à l'édifice de l'effet horizontal.

Dans une espèce où un rédacteur d'une entreprise de presse qui s'était présenté à une élection avait été licencié, le tribunal d'instance de Besançon estime que ce licenciement viole les principes fondamentaux de la Constitution tels que la liberté politique ou la liberté des candidatures. Il s'appuie sur l'alinéa 5 du Préambule de 1946 : nul ne peut être lésé dans son travail, en raison de ses opinions ². Il s'agit bien de s'assurer qu'un droit fondamental n'est pas bafoué dans les rapports privés. Le jugement est intéressant car les références expresses aux normes constitutionnelles ne sont pas si fréquentes, notamment de la part de la Cour de cassation.

83- L'arrêt rendu en 1978 par l'Assemblée plénière dans l'affaire Dame Roy précédemment évoquée ³ mérite ici d'être cité, même si sa solution est jugée dépassée ⁴. Les juges rejettent le pourvoi qui invoquait la violation par l'employeur « d'une des libertés

¹ Soc. 27-3-1952, Bonami, D. 52 p 548. Compte tenu de la date des faits, la Cour ne pouvait pas appliquer à l'espèce l'article 4 de la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (D. 50, lég. p 52), selon lequel « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ».

² TI Besançon, 15-5-1963, D. 63 p 753 n. G. Lyon-Caen.

³ Cf. *supra* n° 78.

⁴ V. sur ce point Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, *in* colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié, GP 1996, 3, 1427.

fondamentales garanties par la Constitution, comme la liberté du mariage ». En s'arc-boutant sur la norme inférieure constituée par l'accord des parties, la haute formation semble alors clairement refuser de prendre en compte les effets horizontaux d'un droit fondamental constitutionnel ¹. On fera cependant observer qu'à la date de l'arrêt, la liberté matrimoniale n'avait pas encore été constitutionnalisée ². Surtout, il est possible de considérer que l'Assemblée plénière n'a pas formellement écarté l'application de ce droit fondamental entre les parties. Elle énonce en effet « en premier lieu, qu'il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement ». Le principe est donc bien la diffusion horizontale de la liberté matrimoniale dans les relations juridiques privées, les juges ayant simplement estimé, ce qui peut certes être critiqué ³, que la sauvegarde de la bonne marche de l'entreprise pouvait dans ce cas particulier légitimer l'atteinte infligée au droit fondamental. Ce droit était donc assurément applicable à la relation juridique considérée ⁴, qui se trouvait seulement constituer aux yeux de la Cour une des rares hypothèses où la liberté matrimoniale ne l'emporte pas sur la conservation du caractère propre de l'établissement privé d'enseignement⁵.

Une autre espèce célèbre, l'affaire Clavaud ⁶, est tout aussi symptomatique du manque d'engouement manifesté (du moins à l'époque) par la Cour de cassation, quand les normes constitutionnelles prétendent s'inviter dans les rapports interindividuels. Sur le fond, la chambre sociale a protégé dans cet arrêt la liberté d'expression du salarié licencié pour avoir détaillé dans la presse ses conditions de travail. En revanche, elle n'a pas souhaité faire une utilisation directe de la DDH, dont l'article 11 garantit pourtant cette liberté. Elle a préféré approuver la Cour d'appel qui, constatant que l'article L. 461-1 du Code du travail protégeait

¹ En ce sens : L. Favoreu, Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel, in Conseil constitutionnel et Cour EDH, Colloque Montpellier 20 et 21 janvier 1989, éd. STH, 1990, p 33s, spéc. p 39 et 40.

² La consécration constitutionnelle date de la décision du Conseil constitutionnel *Maîtrise de l'immigration* du 13 août 1993 (cons. 107).

³ Cf. *infra* n° 223s.

⁴ L'Assemblée plénière n'a pas rejeté le pourvoi par le motif suivant : "attendu que la liberté du mariage ne s'applique pas dans les relations entre particuliers"...

⁵ Il faut cependant bien avouer que l'analyse littérale de l'arrêt n'invite guère à l'interprétation suggérée, car la haute assemblée affirme que l'incorporation des convictions religieuses au contrat pouvait être considérée par la Cour d'appel comme constitutive d'un « des cas très exceptionnels » réservés. L'effet horizontal de la liberté du mariage n'en sort pas grandi, même si l'Assemblée plénière s'est quelque peu désolidarisée de la motivation de la décision attaquée - « dans des motifs non critiqués par le moyen et qui, quel qu'en soit le mérite, suffisent à justifier leur décision, les juges du fond ont retenu que (...) ».

⁶ Cf. *supra* n° 21.

le droit d'expression du travailleur *dans* l'entreprise, en avait déduit qu'il ne pouvait en être autrement *hors* de celle-ci ¹. La répulsion de la Cour de cassation à solliciter, ici horizontalement, la norme constitutionnelle est patente au regard des conclusions engagées de l'avocat général. Ce dernier relevait que « la liberté d'expression figure d'abord dans la Constitution avant d'être mentionnée au Code du travail ». Il critiquait en outre la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel, réfutant qu'on puisse extrapoler en allant du particulier (liberté d'expression garantie dans l'entreprise) au général (garantie hors de l'entreprise). Cela n'a pas convaincu la Cour. Aussi, même si l'on peut considérer que la solution retenue sanctionne *en fait* la violation de la Constitution par un acte de licenciement ², il faut retenir que la Cour s'est bien gardée de faire produire *formellement* un effet réflexe à cette norme. Ce n'était certes pas indispensable à la solution finale, mais cela aurait eu une portée spectaculaire compte tenu de la médiatisation de l'affaire.

84- Depuis, la juridiction suprême ne semble plus manquer une occasion de mobiliser horizontalement les droits fondamentaux constitutionnels, afin de conférer une autorité plus grande à ses arrêts, sinon pour satisfaire aux attentes de la doctrine ou pour être à la mode. Parfois, la référence ne se justifie pas vraiment, surtout si la norme fondamentale a fait l'objet d'un relais législatif applicable au litige. Dans une espèce où l'ordre des licenciements avait été déterminé selon la charge d'une famille nombreuse, différemment appréciée selon l'origine européenne d'une part, et maghrébine ou turque d'autre part, la Cour de cassation énonce que nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine, au double visa du préambule de la Constitution de 1958 et de l'article L. 122-45 du Code du travail ³. Ce dernier texte, qui interdit les licenciements en raison de l'origine, aurait presque pu suffire.

85- Un dernier exemple de l'applicabilité de la norme constitutionnelle aux actes juridiques peut être puisé dans la jurisprudence récente en matière de clauses de non-concurrence. Depuis un arrêt du 19 novembre 1996, la chambre sociale vise en effet le principe constitutionnel de la liberté du travail, comme pour mieux affirmer le caractère exceptionnel de la validité de ces clauses, qui ne doivent pas empêcher les salariés de

¹ Soc 28-4-1988, Dr. Ouvrier 88 p 250 concl. H. Ecoutin, n. A. Jeammaud et M. Le Friant ; Dr. Soc. 88 p 428 concl., obs. G. Couturier ; JCP E 88, 15270, n° 6 obs. B. Teyssié.

² G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992, n° 175.

³ Soc. 8-4-1992, Bull. V n° 256, D. 92 SC p 293 obs. A. Lyon-Caen, pour qui cette référence démontre que, « malgré certaines hésitations, les droits de l'homme et les libertés fondamentales produisent (...) un véritable effet horizontal ». Cf. récemment Soc. 29-5-2001, pourvoi n° 98-23.078, qui applique le « principe d'égalité, de valeur constitutionnelle ».

retrouver un autre emploi ¹. Ce principe irrigue donc la relation contractuelle salarié-employeur, ce dernier devant se garder d'y porter une atteinte trop importante. L'effet horizontal est ici évident. Si audace il y a, celle-ci réside plutôt dans le postulat de départ : affirmer le statut constitutionnel de la liberté du travail ².

Le Conseil Constitutionnel ne s'est jamais prononcé explicitement en ce sens. Tout au plus a-t-il constitutionnalisé du bout des lèvres le droit au travail figurant dans le Préambule de 1946, mais le but était de souligner la compétence du législateur pour mettre en œuvre au mieux ce principe ³, cette « mission constitutionnelle de service public »⁴. Certes, plus récemment, dans sa décision sur la réduction du temps de travail, le Conseil a qualifié le droit à l'emploi de droit fondamental ⁵. Le terme est cependant très fâcheux pour une prérogative dont il est évident qu'on ne peut revendiquer le bénéfice, car elle exige « quelque chose d'impossible »⁶. Au demeurant, cette haute qualification était largement inutile en l'espèce, car pour justifier de la constitutionnalité des atteintes à la liberté d'entreprendre dénoncées par les parlementaires, il n'était nullement indispensable de qualifier de "fondamental" le « droit d'obtenir un emploi » mentionné dans le Préambule de 1946, qui légitimait l'intervention du législateur.

Pour étayer sa jurisprudence sur les clauses de non-concurrence, la Cour de cassation aurait pu rattacher la liberté du travail à l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 (décret d'Allarde), la liberté du commerce et de l'industrie posée par cette disposition pouvant certainement comprendre la liberté du travail ⁷. Cet article est encore en vigueur et, bien

¹ Soc. 19-11-1996, Dr. social 97 p 95 obs. G. Couturier. Cf. aussi Soc. 18-12-1997, Dr. social 98 p 194 obs. J. Savatier ; Soc. 7-4-1998, Dr. social 98 p 546.

² Depuis, la chambre sociale a peut-être pris conscience de son audace puisque dans un arrêt rendu le 18 avril 2000 (D. 2001 p 263 n. J. Mouly ; *ibid.* SC p 821 obs. E. Lafuma), elle sanctionne une « atteinte à la liberté du travail », sans préciser la source de cette prérogative, qu'elle classe seulement parmi les « libertés et droits fondamentaux du salarié ». Dans un arrêt du 16 mars 2000 (RJDA 1/2001 n° 33), la Cour d'appel de Versailles a quant à elle condamné une clause de non-concurrence heurtant « le principe fondamental de la liberté du travail ».

³ CC 28-5-1983, AJDA 83 p 619 n. R.-F. Le Bris ; 16-1-1986, RDSS 86 p 347 n. X. Prétot ; 25/26-6-1986, AJDA 86 p 575 n. J. Rivero. La disposition du Préambule n'octroie donc pas à chacun un droit au travail : v. sur ce point Y. Gaudemet, Une nouvelle dimension du principe d'égalité devant la contribution publique ? (à propos de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative au cumul emploi-retraite), Dr. social 1986 p 372.

⁴ F. Gaudu, Travail et activité, Dr. social 1997 p 113.

⁵ CC 10-6-1998, Réduction du temps de travail, AJDA 98 p 540.

⁶ O. Pfersmann, in L. Favoreu (coord.), Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, 2000, n° 135. Cf. *supra* n° 44 ainsi que J. Favre et B. Tardivel, Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », RDP 2000 p 1411s, spéc. p 1432.

⁷ En ce sens, A. Jeammaud, Des oppositions de normes en droit privé interne, éd. de l'A.G.E.L., 1975, n° 223 ; Th. Revet, La liberté du travail, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits

qu'adopté avant l'instauration de la République, il pourrait fonder un PFR car à l'instar d'autres lois révolutionnaires, il serait intégré à l'ordre républicain ¹. Cette construction n'a pas été adoptée par la chambre sociale car, dans l'arrêt précité du 19 novembre 1996, si la loi de 1791 est également intégrée au visa ², elle est soigneusement distinguée de la liberté du travail, dont la chambre sociale indique par ailleurs qu'elle est « garantie par la Constitution ». C'est précisément cette dernière formule qui indique le fondement probable de la consécration du principe. Les juges ont visiblement pris au mot l'article L. 412-1 du Code du travail aux termes duquel « l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés *garantis par la Constitution* de la République, en particulier de la *liberté individuelle du travail* ». Cette constitutionnalisation législative, pour le moins singulière ³, est exploitée par la Cour de cassation, si bien qu'en fait de mobilisation horizontale d'un droit constitutionnel, il s'agit presque d'une soumission classique d'un acte juridique à la loi. Nos juridictions semblent néanmoins sur la bonne voie.

B- Les solutions étrangères.

86- Les exemples étrangers confortent dans l'idée que les actes juridiques privés doivent être soumis au respect des droits fondamentaux constitutionnels. L'impression d'ensemble décrit en effet une adhésion à l'effet réflexe. Soit il est accepté purement et simplement, soit il est formellement réfuté, mais dans ce dernier cas, le refus de principe est bien souvent atténué.

En Espagne, aucune disposition de la Constitution ne prévoit expressément l'applicabilité horizontale des libertés qui sont énoncées dans le titre 1^{er} du texte fondamental. Le Tribunal Constitutionnel estime cependant qu'elles régissent les rapports entre simples particuliers. Par exemple, si une juridiction ordinaire refuse de protéger la liberté syndicale, dont l'exercice a motivé le licenciement d'un salarié par une entreprise privée, la juridiction constitutionnelle, saisie d'un recours d'*amparo* contre cette décision de justice, annulera

fondamentaux, Dalloz, 7^e éd. 2001, p 681. De manière symptomatique, un arrêt a estimé que l'article 7 du décret d'Allarde pose « le grand principe de la liberté du travail et de l'industrie » : Civ. 24-1-1866, S. 66, 1, 43.

¹ R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. social 1998 p 534. En ce sens déjà, A. Jeammaud, Les principes dans le droit français du travail, Dr. social 1982 p 628. Pour une consécration directe en forme de PFR de la liberté du travail, T. civ. Versailles, 25-11-1950, Dr. social 51 p 33. Pour F. Luchaire au contraire (Les fondements constitutionnels du droit civil, RTDC 1982 p 245s, spéc. p 263), le principe n'a qu'une valeur législative.

² Pour un précédent, cf. Com. 15-7-1987, JCP, N, 88, p 277, n. J.G. Raffray.

³ Cf. J. Savatier, obs. précitées, p 195.

celle-ci et du même coup la mesure de licenciement ¹. De même, la Cour Constitutionnelle italienne a admis que les garanties accordées aux droits fondamentaux par la Constitution s'appliquent aux relations interindividuelles ². En revanche, la Charte canadienne des droits et libertés (en vigueur depuis 1982) régit seulement les rapports Etat-citoyens, et non les rapports des citoyens entre eux ³. Il faut dire que son article 32 précise qu'elle ne s'applique qu'au gouvernement, ce qui lie étroitement la Cour suprême du Canada, sauf à faire un « coup d'Etat de droit ». Cette rigidité peut semble-t-il être contournée au Québec, où la Charte des droits et libertés de la personne, texte quasi-constitutionnel adopté en 1975, s'applique à tous les rapports juridiques, publics comme privés ⁴.

Le cas de l'Autriche est intéressant car si en 1974 la Cour Constitutionnelle a précisé que la garantie des droits fondamentaux représente exclusivement une protection contre l'Etat, rejetant ainsi la *Drittwirkung*, il faut relever à titre d'exemple qu'elle a néanmoins admis par la suite qu'un simple particulier ne doit pas pouvoir limiter la liberté de réunion d'autrui ⁵. Cela relativise quelque peu sa position initiale. On peut formuler la même remarque à l'égard de la solution américaine.

87- La lecture de Tocqueville laissait penser qu'aux Etats-Unis, la Constitution dominait « les législations, comme les simples citoyens »⁶. En réalité, la solution de principe est différente. Seule l'activité étatique doit respecter les droits fondamentaux ⁷, les particuliers jouissant d'une autonomie totale leur permettant le cas échéant de bafouer ces droits. L'exemple du Quatorzième Amendement est révélateur : il impose seulement à *chaque Etat*

¹ T. Constitutionnel espagnol, 29-11-90, AIJC 90 p 559 chron. P. Bon, P. Cruz et F. Moderne. Sur le recours d'*amparo*, cf. *supra* n° 66.

² L. Elia, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, cour constitutionnelle italienne, in L. Favoreu (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM 1982, p 335.

³ Y.-M. Morissette, L'accès à la justice et les droits fondamentaux comme moyen et comme fin, in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref, 1994, p 263s, spéc. p 278.

⁴ P.A. Molinari, La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique, in Mélanges J.-M. Auby, éd. Dalloz, 1992, p 771s, spéc. p 775. Egalement P. Verge, Droits de la personne et droit du travail, recherche d'une interface, in Mélanges J.-M. Verdier, éd. Dalloz, 2001, p 491s, spéc. p 502.

⁵ Th. Öhlinger, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, cour constitutionnelle autrichienne, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, *op. cit.*, p 335s, spéc. p 351 et 359.

⁶ A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, coll. Bouquins, p 119.

⁷ La plupart des amendements se présentent en effet sous la forme d'injonctions adressées aux autorités étatiques (« le Congrès ne pourra faire... », « aucun Etat ne pourra faire... »). Cf. Tran Van Minh, Droits de l'homme et pouvoirs privés, le problème de l'opposabilité, in Cao-Huy Thuan (coord.), Multinationales et droits de l'homme, PUF, 1984, p 97s, spéc. p 104.

d'accorder « à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois ». Les établissements d'enseignement public, les administrations, doivent ainsi sélectionner ou recruter en se conformant au principe d'égalité ¹, tandis que les institutions privées peuvent pratiquer des discriminations ethniques sans violer la Constitution. Ce rejet de l'effet réflexe est néanmoins tempéré par le fait qu'un tribunal, organe étatique, ne peut se faire complice d'une violation des droits fondamentaux d'un citoyen en donnant gain de cause à un particulier qui réclamerait le respect d'un acte violant de tels droits. Ainsi une juridiction ne peut prononcer l'expulsion d'une personne de couleur ayant acheté un terrain malgré une clause stipulée entre propriétaires du quartier et interdisant la revente des fonds à des "non-blancs" ².

88- La solution allemande n'est pas la moins singulière, compte tenu des *a priori* que l'on peut avoir à son égard. L'Allemagne constitue en effet le berceau de la construction théorique de l'effet horizontal (d'où le succès du terme *Drittwirkung*). Cette question a pourtant longtemps divisé la doctrine et la jurisprudence outre-Rhin, pour finalement aboutir au rejet de cette théorie ! Elle manquait il est vrai d'appuis textuels sérieux : une seule disposition de la Loi Fondamentale milite pour l'effet horizontal. L'article 9 alinéa 2 prévoit que les conventions tendant à limiter ou entraver la liberté syndicale sont nulles et les mesures prises en ce sens illégales. Cette règle gouverne effectivement les actes juridiques des personnes privées. Elle fait cependant figure d'exception, confirmant la règle d'un effet essentiellement vertical des droits énoncés par la Loi Fondamentale. D'ailleurs cette disposition n'aurait pas été nécessaire si le principe général de *Drittwirkung* existait ³. Aussi ne faut-il guère s'étonner du refus opposé par la Cour Constitutionnelle à la théorie de l'effet horizontal ⁴.

¹ L. Favoreu (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, éd. Dalloz, 2000, n° 411 et 433 (arrêt *Brown* de 1954).

² Cour suprême 3-5-1948, *Shelley vs Kraemer*. Cf. J.-Y. Chérot, art. précité, p 9 ; Tran Van Minh, *op. cit.*, p 104s ; N. Jacquinet, *Ordre public et Constitution*, Th. Aix-en-Provence, 2000, n° 143 : les décisions de justice étant des *actions d'Etat*, le Quatorzième Amendement s'y applique, le juge ne pouvant ainsi valider des conventions discriminatoires. Il ne saurait ordonner l'exécution d'obligations imposées en vertu d'un contrat portant atteinte aux droits fondamentaux d'autrui : O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant Bruxelles, 1999, p 751, à propos de l'affaire *Barrows vs Jackson* de 1953.

³ Ch. Starck, *La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux*, RDP 1988 p 1263s, spéc. p 1286.

⁴ D. Capitant, *op. cit.*, p 275.

Cette pétition de principe s'avère cependant assez formelle car le célèbre arrêt Lüth de 1958 réintroduit la *Drittwirkung* sous la forme d'un effet horizontal induit¹. Le juge ordinaire se voit en effet soumis à l'obligation d'interpréter les normes de droit privé conformément aux droits fondamentaux², qu'il violerait s'il méconnaissait leur rayonnement absolu, leur « effet d'irradiation »³. Or, comme les particuliers doivent eux-mêmes respecter le droit privé, leurs actes seront au total subordonnés aux droits garantis par la Loi Fondamentale⁴. On aboutit bien à une influence horizontale de ces derniers. Le cantonnement de la théorie de la *Drittwirkung* est finalement lui-même théorique ; surtout que la sollicitation des droits fondamentaux n'est pas rare dans les situations de droit privé, alors qu'elle n'est parfois pas indispensable. Cet usage immodéré a été expliqué par M. Starck : « nous autres Allemands, sommes en quelque sorte devenus amoureux de nos droits fondamentaux ; c'est pourquoi nous les appliquons dès que cela est possible »⁵.

¹ Cour Constitutionnelle allemande, 15-1-1958, BVerfGE 7 p 198 : le TGI a méconnu « dans son appréciation du comportement du requérant, l'importance particulière qui revient au droit fondamental de liberté d'expression même là où il entre en conflit avec les intérêts privés d'autres personnes » (cf. L. Favoreu (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, éd. Dalloz, 2000, n°125). Sur cette décision, v. également Cl. Witz, *Droit privé allemand*, t. 1. Actes juridiques, droits subjectifs, éd. Litec, 1992, n° 40s.

² Sur les droits fondamentaux, en tant que système de valeurs s'imposant aux juges : M. Fromont et A. Rieg (dir.), *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, t. II, *Droit public-Droit pénal*, Cujas, 1984, p 34s.

³ H.G. Rupp, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, Tribunal constitutionnel fédéral allemand, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p 241s, spéc. p 294.

⁴ D. Capitant, *op. cit.*, p 286 et 292.

⁵ Ch. Starck, *loc. cit.*, p 1287. On parle d'euphorie de la doctrine allemande vis-à-vis des droits fondamentaux (*Grundrechtseuphorie*) : L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, étude comparée de droit allemand, européen et français*, Th. Caen, 1999, p 350. Plus généralement sur les droits fondamentaux en Allemagne : Ch. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, Puf, 1997, n° 108s.

Conclusion du Chapitre II.

88 bis- L'effet horizontal des droits fondamentaux suscite toujours les plus vifs débats ¹. Son admission, si elle donne rarement lieu à des positions nettes, n'en est pas moins certaine. Il est vrai que les raisons invoquées en sa faveur sont convaincantes. L'argument le plus simple pour justifier l'application des droits fondamentaux jusque dans les relations interindividuelles consiste peut-être à souligner que « tout droit reconnu a pour corollaire l'obligation, pour les autres, de le respecter »². En pratique, force est de constater que le juge a un rôle important à jouer pour sanctionner cet influence horizontale, ce qui invite à considérer le phénomène comme une extension de l'effet direct.

A l'heure actuelle, la Cour de cassation semble surtout encline à consacrer l'effet réflexe des droits fondamentaux européens (arrêts Mel Yedei et Spileers), les droits d'origine constitutionnelle étant en comparaison moins mis à l'honneur. Cela tient certainement à l'engouement des plaideurs pour la Convention européenne des droits de l'homme, conjugué à leur méconnaissance des potentialités du bloc de constitutionnalité en droit privé. L'impact des décisions de la Cour de Strasbourg n'est pas non plus étranger aux avancées réalisées par le juge judiciaire. Au contraire, les sages de la rue de Montpensier, faute il est vrai de siéger au sein d'une véritable Cour constitutionnelle, n'exercent pas la même influence sur les juges de cassation. Pourtant, cela ne signifie ni que le Conseil constitutionnel se désintéresse totalement de l'effet horizontal ³, ni que le juge des rapports privés soit (ou doive être) réellement hostile à l'application intersubjective des droits fondamentaux constitutionnels ⁴.

¹ V. notamment Constitution et secret de la vie privée, XVI^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence 15/6-9-2000. Les différents constitutionnalistes, il est vrai de nationalités différentes, étaient loin d'être unanimes. Il faut dire qu'ils ne parlaient visiblement pas tous de la même chose. Le Doyen Favoreu en a conclu qu'il serait bienvenu d'organiser un colloque sur le sujet...

² J. Rivero, Une éthique fondée sur le respect de l'Autre, in 1989. Les droits de l'homme en questions, éd. La documentation française, 1989, p 179. On a pu en déduire par exemple que la DDH régissait les rapports entre particuliers : P. Tedeschi, Les droits et les devoirs de l'homme comme éléments indissociables, Rev. administrative 1990 p 127.

³ Il s'est ainsi déjà attaché au respect horizontal du secret de la vie privée dans sa décision *Vidéosurveillance* (le droit d'accès des personnes enregistrées doit s'effacer en cas d'atteinte à la vie privée des tiers) : v. sur ce point Constitution et secret de la vie privée, XVI^e Table ronde internationale, précitée. Cf. également CC 21-12-1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000* (D. 2000 SC p 426 obs. D. Ribes), sur la nécessité de prévoir des modalités d'acheminement de données médicales qui en assurent la confidentialité.

⁴ Cf. les décisions citées *supra*, n° 81s.

Conclusion du Titre 1.

88 ter- L'emprise des droits fondamentaux sur les actes juridiques privés s'exerce à un double titre.

Verticalement d'abord, les normes constitutionnelles et internationales occupent à l'évidence un rang hiérarchique supérieur à celui tenu par les normes émanant de simples particuliers ¹. Les individus victimes d'actes lésant leurs libertés peuvent en appeler à l'autorité des droits consacrés au sommet de notre ordonnancement juridique, dès lors que ceux-ci sont dotés d'un effet direct.

Horizontalement ensuite, les droits fondamentaux se diffusent au sein des relations interpersonnelles, où leur caractère opérant découle de ce qui est parfois appelé un « effet direct "exacerbé" »² : ils s'appliquent, sans nécessiter aucun relais ³, jusque dans les rapports entre particuliers. Les individus, bénéficiaires des textes énonçant des libertés, en sont aussi les obligés ⁴.

Une telle perspective pose les jalons d'un affrontement *a priori* inévitable entre les droits fondamentaux et les actes juridiques. En osant pénétrer la sphère de la fundamentalité, ces derniers ont franchi le Rubicon. Les droits fondamentaux, parés de la primauté, de l'effet direct et de l'effet horizontal, sont prêts à combattre. Encore faut-il définir les règles de la lutte, afin d'éviter une « Guerre de tous contre tous à partir des Droits de l'homme »⁵.

¹ V. par exemple J. Caillosse, *Introduire au droit*, éd. Montchrestien, 3^e éd. 1998, p 39 : les échelons de la hiérarchie vont de « l'élément premier qu'est une Constitution jusqu'aux plus modestes des contrats par quoi des particuliers se lient mutuellement ».

² C. Schneider, *Autonomie de la protection internationale des droits de l'homme au sein du droit international*, in P. Arsac, J.-L. Chabot et H. Pallard (dir.), *Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, éd. L'Harmattan, 1999, p 11s, spéc. p 17, à propos de la CEDH.

³ Si ce n'est en pratique celui du juge : *cf. supra* n° 56s.

⁴ V. à cet égard, beaucoup plus nuancé, O. Pfersmann, in L. Favoreu (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, éd. Dalloz, 2000, n° 124s.

⁵ E. Lévinas, *Les droits de l'autre homme*, in 1989. *Les droits de l'homme en questions*, La documentation française, 1989, p 43.

Titre 2

Les techniques de soumission des actes juridiques aux droits fondamentaux.

89- L'exigence d'un contrôle des actes juridiques affectant les droits fondamentaux demeurerait un simple vœu pieux si n'étaient pas envisagées des méthodes permettant sa mise en œuvre. L'existence de tels moyens démontre la pertinence d'un tel contrôle, qu'il devient d'autant plus impardonnable de ne pas réaliser que les clés de sa concrétisation sont connues.

Pour appréhender l'opposition entre un acte juridique et un droit fondamental, deux techniques sont envisageables. On peut d'une part opter pour des procédés instantanés, systématiques, apportant une solution uniforme à la multitude de situations envisageables. Cela aurait le mérite de la clarté et de la sécurité juridique. Ces approches, qui prétendent opposer à l'acte juridique litigieux le caractère absolu et d'ordre public des droits fondamentaux, ne sont toutefois pas assez précises. Elles s'enferment dans une vision monolithique et rigide. Trop dogmatiques, elles révèlent leurs défauts (**Chapitre I**).

Il semble préférable, en s'associant sans doute au courant de la "post-modernité" juridique ¹, d'adopter une méthode souple, moins automatique. Il ne faut pas croire en *une* vérité des choses, car « le droit ne peut être ramené à un critère de validité catégorique »² : il présente au contraire « les attributs du relatif et du variable »³. Cela est particulièrement vrai pour la matière des droits de l'homme, dans laquelle on s'accorde à dire qu'il ne faut pas espérer trouver « un ensemble de règles d'où, par un raisonnement formel, se déduit une solution à vérité unique »⁴. Dans ce domaine, des approches pragmatiques et circonstancielles ont été dégagées par des juridictions spécialisées dans la protection des droits fondamentaux ; il convient de profiter de leurs enseignements (**Chapitre II**).

¹ Au droit rigide, certains s'efforcent actuellement de substituer « un droit souple, qui tient compte du relativisme, du pluralisme et du pragmatisme caractéristiques de l'époque post-moderne » : A.-J. Arnaud, *Repenser un droit pour l'époque post-moderne*, Le courrier du CNRS, Les sciences du droit, 4/1990, p 81.

² Sur ces éléments, X. Dieux, *Vers un droit "post-moderne" ? (quelques impressions sceptiques)*, in *Mélanges J. Velu*, t. 1, Bruylant Bruxelles, 1992, p 39s, spéc. p 40 à 45. Appliquée à des valeurs fondamentales, l'analyse n'est pas très éloignée de « l'éthique "postmoraliste" [qui] rejette le dogmatisme de la morale, et avec lui toute référence à une vérité objective et transcendante » : D. Lochak, *Les bornes de la liberté*, Pouvoirs 1998, n° 84, p 15s, spéc. p 25.

³ L. Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1959, p 3.

⁴ M. Delmas-Marty, *Les droits de l'homme, ni l'homme, ni le droit*, in *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud/ Inserm, 1988, p 321.

Chapitre I : Des approches dogmatiques défectueuses.

90- Lorsqu'un acte juridique a "mordu" sur une prérogative fondamentale et que l'on souhaite pour cette raison le stigmatiser de la façon la plus solennelle et radicale qui soit, deux voies sont possibles pour faire prévaloir l'autorité des droits fondamentaux. L'une est assez idéologique, voire philosophique ; l'autre est sans doute plus technique et familière aux privatistes.

La première consiste à mettre en avant le caractère *absolu* des libertés humaines. Il s'agit d'exalter, en réalité à l'excès, la nature des droits fondamentaux, de s'appuyer sur leur spécificité. L'inspiration est "droits-de-l'hommiste", elle altère sans doute grossièrement la philosophie des droits de l'homme ¹.

La seconde s'appuie sur le caractère *d'ordre public* des libertés fondamentales. Cette approche tend à gommer la spécificité des droits fondamentaux, en "privatisant" les droits constitutionnels et en "nationalisant" les droits européens ². Le label "ordre public" leur est alors facilement conféré, cet habillage devant permettre une reddition sans condition des actes juridiques qui ont cru pouvoir en disposer impunément.

91- Les deux voies décrites ne sont pas totalement étrangères l'une à l'autre. En 1943, le Tribunal civil de la Seine prononce ainsi la nullité d'une promesse de mariage, jugée contraire « à l'ordre public, qui exige que la liberté des parties reste entière, absolue et dégagée de toute contrainte »³. Symétriquement, c'est bien la foi dans le caractère absolu d'un droit qui conduit à le qualifier d'ordre public. Les deux notions sont intimement mêlées, d'autant que l'on peut considérer que l'ordre public ici envisagé n'est que l'équivalent positiviste du droit naturel ⁴, lequel exalte précisément le caractère absolu des droits fondamentaux.

Les deux approches ont ceci de commun que chacune prétend résoudre de façon automatique et péremptoire le conflit entre un acte juridique et le bloc de fundamentalité. Or le caractère absolu des droits fondamentaux conduit à une impasse (**Section 1°**), tandis que l'affirmation de leur caractère d'ordre public se révèle insuffisante (**Section 2°**).

¹ A. Decocq, Le désordre juridique français, in Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p 162s, spéc. p 163. Dans le même esprit, J. Baudrillard, La guerre du golfe n'a pas eu lieu, éd. Galilée, 1991, p 90, qui évoque « l'intégrisme consensuel » des droits de l'homme et le fondamentalisme des Lumières.

² Pour un emploi de ces expressions, cf. G. Cohen-Jonathan, Conclusions générales, prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme, in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg des 29-30-31/5/1997, éd. A. Pédone, 1998, p 307s, spéc. p 315.

³ Trib. civ. Seine, 4-5-1943, GP 43, I, p 283.

⁴ Ch. Jarrosson, L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. arb. 1989 p 573s, spéc. p 600.

Section 1° : L'impasse du caractère absolu des droits fondamentaux.

92- D'une manière générale, on sait que le caractère absolu des prérogatives accordées à l'individu est revu à la baisse depuis que la construction de l'abus de droit a été échafaudée¹. La perspective ne consiste pourtant pas ici à souligner que les droits fondamentaux obéissent à ce constat et que leur exercice est par conséquent contrôlé². Chacun sait que la plupart des prérogatives comportent des limites internes, interdisant une mise en œuvre malveillante à l'égard d'autrui³.

Les développements n'auront pas non plus pour objet d'évoquer la doctrine de l'effet absolu des droits fondamentaux⁴ c'est-à-dire leur opposabilité *erga omnes*. Il s'agira au contraire, une fois cette opposabilité admise, d'examiner la méthode qui, en présence d'un acte juridique ayant empiété sur les libertés essentielles d'une personne, prétendrait apprécier cette situation en sollicitant la vocation hégémonique des droits fondamentaux. Ces derniers ne toléreraient aucune atteinte, seraient sans réserve, sans concession possible ; on ne pourrait jamais en altérer le contenu. Cette vision repose en réalité sur une mystification. En effet, « même les droits fondamentaux de l'homme comportent des limites, (...) ils n'ont jamais eu

¹ En ce sens G. Friedel, n. sous Civ. 2° sect. 26-11-1953, D. 56 p 154. Cf. la fameuse affaire *Clément-Bayard* (Req. 3-8-1915, DP 1917, 1, 79) in J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 107.

² Sur la distinction classique entre les droits absolus et les droits susceptibles d'abus : A. Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTDC 1944, p 1 ; D. Roets, *Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?*, D. 1997, chron. p 92. S'agissant de la liberté d'expression, l'article 11 de la Déclaration de 1789 est éloquent : tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement, « sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Comme le retient un conseiller à la Cour de cassation, « une liberté ne peut s'exercer de façon absolue et incontrôlée » : J. Merlin, rapport sur Ch. mixte 10-4-1998 (trois arrêts), Dr. social 98 p 565.

³ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4° éd. 1994, n° 765 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *op. cit.*, n° 106.

⁴ Cf. A. Drzemczewski, *La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers*, CDE 1980 p 3. Plus largement, J. Leclercq, *Leçons de droit naturel, t. I, Le fondement du droit et de la société*, éd. Wesmael, 3° éd. 1947, n° 59 (les droits de l'homme) : « l'homme a des droits absolus, parce que, par sa nature humaine, il a des droits qui s'imposent au respect de tous ».

de portée absolue »¹. Le caractère absolu de la fundamentalité doit être démystifié (§ I), car celle-ci est relative par nature ² (§ II).

§ I : Le caractère absolu de la fundamentalité doit être démystifié.

Les droits fondamentaux sont parfois ressentis comme dotés d'une valeur absolue. Qu'est-ce qui a pu conduire à les concevoir « comme des droits proprement divins, donc infinis, échappant à toute mesure objective, refusant toute limitation imposée aux revendications du moi (...)»³ ?

La présentation de divers éléments permettant de cerner les origines de cette mystification (A-), précédera celle de quelques arguments de démystification (B-).

A- Origines de la mystification.

93- La croyance en des droits fondamentaux absolus, ne supportant aucune atteinte, n'est pas sans fondement. La philosophie médiévale, profondément pénétrée de christianisme, enseignait que l'individu possédait des droits innés et surtout indestructibles ⁴. Par la suite, « les Voltaire et les Diderot », qui n'avaient « rien compris » au modèle anglais fait de libertés limitées ⁵, ont cru s'en inspirer en consacrant les droits de l'homme à la française, dotés d'une valeur absolue ⁶. Des réminiscences de cette foi sont perceptibles chez certains de nos

¹ J.-P. Duprat, A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 D.C. du 27 Juillet 1994, LPA 14-12-1994 p 34s, spéc. p 37. En ce sens également, H.G. Schermers, The international protection of the right of property, in Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KG, 1988, p 565 : « fundamental human rights are not absolute rights to be maintained under all circumstances ».

² E. Picard, L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA 7/8-1998 spécial p 6s, spéc. p 29. Cf. également H. Pauliat (L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ?, D. 1995, chron. p 283s, spéc. p 287) : « la valeur absolue des droits est en train d'évoluer très vite, au bénéfice d'une valeur beaucoup plus relative ».

³ J. Maritain, Les droits de l'homme et la loi naturelle, (1942), in J. Maritain, Les droits de l'homme, Textes présentés par R. Mougel, éd. Desclée de Brouwer, 1989, p 71.

⁴ En ce sens : M. Waline, L'individualisme et le droit, Domat Montchrestien, 1945, p 37. Au XVI^e siècle, Luther concevait également la liberté humaine « comme un pouvoir d'indépendance absolue, sans aucune limite » : v. L. Lachance, *op. cit.*, p 63.

⁵ Il faut sans doute réserver la pensée de Bentham, pour lequel le mot liberté signifie liberté illimitée : « liberté de faire et de ne pas faire en chaque occasion tout ce qui me plaît dans toute l'étendue de ma puissance » (in Principes de législation, cité par M. El Shakankiri, J. Bentham : Critique des droits de l'homme, Arch. phil. droit 1964, t. IX, p 129s, spéc. p 148).

⁶ Il s'agit de l'appréciation portée par le philosophe anglais Burke : M. Villey, La philosophie du droit de Burke, (1969), in Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Dalloz, 1976, p 126s, spéc. p 131. Cf. également G. Langrod, qui oppose la conception française des droits, dont les fondements sont métaphysiques, à

contemporains. Ici on qualifie les libertés civiles de « sacrées »¹, là on entoure la personne d'une « aura magique »² empêchant toute atteinte, ce qui revient à dresser autour des droits fondamentaux de l'être humain un véritable « cercle de feu »³. Des décisions anciennes et célèbres véhiculaient déjà une telle conception. Dans l'arrêt *Bouvier* de 1838, la Cour de cassation approuve la Cour de Poitiers d'avoir décidé que toute promesse de mariage est nulle en soi, « comme portant atteinte à **la liberté illimitée** » qui doit exister dans cette institution⁴. En 1948, l'arrêt *Lautour* utilise une formule restée célèbre : il existe des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de **valeur internationale absolue** »⁵. Or on range précisément parmi ces principes des droits fondamentaux : droit au respect de l'intégrité corporelle, égalité des sexes⁶...

94- Ce courant procède d'une démarche au demeurant logique et pertinente : à quoi bon consacrer des libertés fondamentales, jugées prééminentes, si on ne leur accorde pas simultanément une autorité sans limite, une valeur absolue ? L'explication est aussi politique : imagine-t-on de soumettre à l'approbation populaire une Constitution affirmant que les droits qu'elle confère sont en réalité relatifs, que les libertés proclamées pourront subir de nombreuses atteintes ? Cela ne séduirait pas le citoyen. Il faut au contraire le rassurer, le conquérir en lui offrant un oasis de libertés totales. Les formules employées doivent être stimulantes, attrayantes. Le pragmatisme n'est pas la préoccupation première, et l'on préfère poser les droits « dans leur transcendance idéale »⁷. « Le droit considéré d'une manière abstraite est le mirage qui, depuis 1789, tient le peuple abusé »¹.

la conception anglaise, dont les fondements apparaissent foncièrement pragmatiques (cité par C. Picheral, *L'ordre public européen, recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Th. Montpellier I, 1999, p 207s).

¹ G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, LGDJ, 1971, n° 45.

² A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n° 21.

³ Expression rapportée par I. Moine, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, n° 313.

⁴ Civ. 30-5-1838, *Bouvier*, in F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11^e éd. 2000, n° 27.

⁵ Civ. 25-5-1948, *Lautour*, S. 49, 1, 21 n. J.-P. Niboyet. C'est le premier arrêt qui semble donner une définition de l'exception d'ordre public : cf. en ce sens E. Fohrer, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Mémoire DEA, Bruylant Bruxelles, 1999, n° 72.

⁶ Et notamment l'égalité entre époux, garantie par l'article 5 du Protocole n° 7 à la CEDH (v. Civ. 1°, 11-3-1997 et 24-2-1998, RTDC 1998 p 520, obs. J.-P. Marguénaud). Dans un arrêt remarqué (Civ. 1°, 3-7-2001, D. 01 p 3378 n. M.-L. Niboyet), la Cour de cassation vient cependant de refuser l'application de cet article.

⁷ M. Gauchet, *La révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989, p 143. Cf. également Ch. Atias, *Philosophie du droit*, Puf, 1999, p 203 : « les droits de l'homme décrivent des comportements honorables, sans se préoccuper de leur harmonisation ou de la régulation de leurs conflits ».

En outre, quand bien même les rédacteurs des textes garantissant des droits fondamentaux auraient la lucidité, sinon l'honnêteté, de ne pas consacrer des prérogatives illimitées, la manière de présenter les choses sera telle que les particuliers ne retiendront que les dispositions récognitives de droits, au détriment de celles venant en atténuer le caractère absolu. La Convention européenne des droits de l'homme est à cet égard symptomatique. Ses articles 8 à 11 en particulier sont ainsi rédigés que de prime abord, les paragraphes 1, récognitifs, attirent le plus l'attention, les paragraphes 2, limitatifs, ressemblant à la longue à des clauses de style.

Cette lecture inexacte des textes sur les droits de l'homme est accentuée lorsqu'ils sont utilisés dans une perspective horizontale. Le plus souvent, les dispositions permettant de limiter les droits fondamentaux sont en effet formellement adressées aux détenteurs de la puissance publique, qui peuvent restreindre les libertés consacrées en invoquant des motifs tirés de l'ordre public. Les particuliers ne pouvant, du moins en principe, invoquer de tels motifs ², on en déduit souvent du même coup l'obligation de respecter de manière absolue les droits fondamentaux dans les relations interindividuelles.

95- Des dispositions de droit interne peuvent également donner lieu à une vision déformante de la véritable nature des libertés. Ainsi la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre des prérogatives essentielles sous une forme solennelle, mais renvoie « volontiers à la loi le soin de définir les limites des droits énoncés »³. De la sorte, ces derniers ne sont frappés d'aucune restriction explicite. Quant à l'article 17 de la DDH, il prévoit certes en substance l'expropriation mais on retient surtout de lui que « la propriété est un droit inviolable **et sacré** ». L'analyse est identique pour le relais législatif de ce droit. Alors qu'elle « mutile étrangement » le droit de propriété ⁴, la réserve tirée de l'usage prohibé par les lois ou règlements apparaît formellement comme un simple appendice au célèbre principe formulé par l'article 544 du Code civil : « la propriété est le droit de jouir et disposer

¹ L. Blanc, cité par A. Cuvillier, Nouveau précis de philosophie, t. 2, L'action, éd. A. Colin, 5^e éd. 1968, p 280. Cf. également Ch. Atias, *op. cit.*, *loc. cit.* : les droits de l'homme « étaient en parfaite harmonie avec les aspirations d'une époque délibérément prise au mirage de libertés sans limites ».

² Ce principe souffre d'exceptions, comme l'a montré l'arrêt *Bosman* (CJCE 15-12-1995, Rec. p 4921, concl. C.O. Lenz). A l'UEFA qui prétendait le contraire, la Cour indique en effet que rien ne s'oppose à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers pour justifier des limitations à la libre circulation des travailleurs qui leur seraient reprochées (point 86). Des auteurs contestent pourtant vigoureusement qu'une personne privée puisse être placée « dans la situation exorbitante de pouvoir limiter un droit fondamental d'un autre particulier dans un but d'intérêt général » : J.-P. Marguénaud et J. Mouly, n. sous Cour EDH 29-2-2000, D. 2001 p 574.

³ P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, 2^e éd. 1998, n° 73.

⁴ M. Waline, *op. cit.*, p 180.

des choses **de la manière la plus absolue** ». On rejoint ainsi les exagérations de Portalis, pour qui le droit de propriété était pour chaque individu un « droit fondamental (...) aussi précieux que la vie même »¹.

96- Les considérations précédentes peuvent induire en erreur et convaincre du caractère absolu des libertés. Ainsi dans l'affaire *Clavaud*, l'avocat général estime que la liberté constitutionnelle d'expression est « intangible » et sa protection « **absolue** »². Cette affirmation, aussi louable soit elle, s'avère nettement excessive. De même, dans une note sous un jugement déclarant valable une clause de non-remariage insérée dans un testament, M. Guiho s'insurge : la liberté matrimoniale est intangible, elle « doit être **absolue** et ne saurait être limitée par des actes entre particuliers »³. C'est surtout le vocabulaire employé qui paraît trop catégorique car l'auteur ne se méprend pas sur le fond. Il précise en effet immédiatement que la liberté de se marier n'est pas illimitée : elle connaît des conditions et restrictions légales. Cela montre qu'affirmer le caractère absolu des droits fondamentaux procède d'une mystification. Il faut la combattre.

B- Arguments de démystification.

97- Les libertés voient leur « valeur absolue se déliter partiellement lorsqu'il s'agit de [les] mettre en œuvre »⁴. Aussi cette valeur ne peut-elle constituer un argument péremptoire pour apprécier la légitimité d'un acte juridique attentatoire aux droits fondamentaux. Elle ne le serait que dans une vision désincarnée des relations intersubjectives. Seul l'individu solitaire vivant à l'état sauvage, dans l'état de nature décrit par Hobbes, peut prétendre à une liberté illimitée. Au contraire, dans nos sociétés, le lien de l'individu à la communauté fait

¹ Cité par Ph. Rémy, La propriété privée considérée comme un droit de l'homme, *in* La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15-5-1992, PUF, 1993, p 123. Sur le même thème, v. A. Toulemon, Propriété et liberté, GP 1978, doct. p 181.

² Concl. H. Ecoutin sous Soc. 28-4-1988, Dr. social 88 p 428.

³ P. Guiho, n. sous Trib. civ. Chambéry, 2-12-1952, JCP 53, II, 7362. Pour une analyse équivalente : L. Favoreu, L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles, RFDA 1984 p 174s, spéc. p 183, qui approuve très clairement Ph. Ardant (n. sous Cass. Ass. Plé. 19-5-1978, Dame Roy, D. 78 p 541) pour qui, « si la liberté du mariage est un droit fondamental (...) il ne peut lui être apporté des limitations par un contrat ».

⁴ B. Mathieu, Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instrument du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain, RDP 1999 p 93s, spéc. p 101. Il se prononce en ce sens au sujet du principe de dignité.

qu'il existe certaines limites « même aux droits fondamentaux garantis sans réserves », comme l'a admis la Cour constitutionnelle allemande en 1971¹.

La principale opposition au caractère absolu des libertés tient en effet à la réalité sociale². Les « nécessités de la vie collective ordonnée » imposent d'instaurer des limites à l'épanouissement des droits de l'homme³. Il faut revoir à la baisse les prétentions abstraites contenues dans les grandes déclarations. Par exemple, comme le relevait Josserand, la conception traditionnelle qui fait du droit de propriété une prérogative absolue est « purement scolastique et légendaire », « la nature envahissante d'une telle prérogative nécessite impérieusement des mesures de compression »⁴. Planiol dénonçait tout autant ce mythe des droits absolus⁵. Une telle vision des droits fondamentaux paralyserait il est vrai l'ensemble des relations juridiques. Une perception extrémiste du droit au respect de l'intégrité corporelle interdirait la moindre coupe de cheveux, la sacralisation de la liberté individuelle empêcherait de conclure un contrat de travail...

Le caractère absolu des droits doit s'effacer en raison de la pluralité de sujets aspirant légitimement à la jouissance de ces mêmes droits. « La présence d'autres citoyens impose à la liberté de chacun des limites destinées à préserver la liberté de tous »⁶. La liberté est ainsi

¹ Décision du 19-10-1971, citée par A. Legrand, *La croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande*, in Mélanges P. Gélard, éd. Montchrestien, 1999, p 290s, spéc. p 292. Le Tribunal constitutionnel espagnol est du même avis : « il n'existe pas de droits illimités, tout droit a ses limites » (décision du 29 janvier 1982, citée par L. Burgorgue-Larsen, *La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne*, in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p 69s, spéc. p 90). Dans sa sentence n° 1, la Cour constitutionnelle italienne a pareillement retenu que « le concept de limite est inclus dans le concept de droit » (v. J.C. Escarras, *La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève, étude de jurisprudence*, in Mélanges J.-P. Béguet, éd. Univ. Toulon-Var, 1985, p 331s, spéc. p 354).

² Si les libertés envisagées n'ont pas de manifestations sociales, elles pourront demeurer absolues. C'est le cas des libertés de l'esprit (pensée, religion) qui, tant qu'elles ne s'extériorisent pas, ne sont soumises à aucune limite. De manière très logique, l'article 9 de la CEDH n'envisage ainsi que les restrictions à la liberté de « manifester » sa religion ou ses convictions.

³ A. Susterhenn, *L'idée des droits de l'homme et sa mise en œuvre*, in Mélanges H. Rolin, éd. Pédone, 1964, p 398.

⁴ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'Abus des Droits*, 2° éd. Dalloz, 1939, n° 13 et 14 ; l'organisation de restrictions au droit de propriété peut se concevoir, même si ce droit n'a fait l'objet d'aucun abus. Pour le Doyen Cornu (*Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien, 9° éd. 1999, n° 1032), le caractère absolu du droit de propriété n'est qu'une « prétention folle ». La jurisprudence paraît lucide sur ce point : elle considère que le droit de propriété est « fondamental mais non absolu » (Paris 25-11-1994, D. 95, IR p 6).

⁵ M. Planiol avec la collaboration de G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 11° éd. 1939, n° 871. La controverse qui opposa Josserand et Planiol (sur laquelle v. J. Ghestin et G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 763s) concernait seulement la systématisation du contrôle juridictionnel de l'abus de droit, ce qui ne concerne pas ici notre propos (*cf. supra* n° 92).

⁶ Ph. Ardant, *Les libertés du citoyen dans l'entreprise, introduction au débat*, in *L'entreprise et les libertés publiques*, Colloque Nanterre des 20/21-11-1981 sous la direction de J.-M. Verdier, Dr. social 82 p 428. C'est l'idée développée par l'article 4 de la DDH. L'article 28 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de

limitée au nom de la liberté elle-même, de sorte que ces limitations paraissent naturelles ¹. Les contraintes liées à la coexistence des individus sont tellement élémentaires que cela conduit à admettre que les droits fondamentaux, intrinsèquement, ne peuvent être absolus.

98- M. Vlachos a ainsi estimé que la limitation des droits et libertés était « coexistentielle » au principe même de leur valeur positive. Cette limitation n'est donc pas principalement l'œuvre de la réglementation des droits fondamentaux, elle se situerait au contraire au niveau même de leur définition ². La Cour européenne des droits de l'homme n'a semble-t-il pas voulu dire autre chose dans son arrêt *Golder* de 1975 où, face à l'article 6, § 1 qui ne prévoit aucune limite explicite au droit à voir sa cause entendue par un tribunal, elle a estimé qu'il n'était pas absolu, et qu'il y avait place « en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit pour des limitations implicitement admises »³. En somme, chaque droit fondamental connaît une autolimitation, qui n'est que la caractéristique de la relativité de tout droit positivement consacré ⁴.

§ II : La fundamentalité est relative par nature.

99- Comme les libertés ne sont pas absolues, mais affectées « d'un certain coefficient de relativité »⁵, elles vont pouvoir être limitées et conciliées (A-). C'est dire si l'opinion qui prétendrait vilipender de manière systématique toute immixtion dans la sphère des droits fondamentaux fait fausse route. Les libertés étant relatives, toute atténuation de celles-ci ne doit pas être victime d'une présomption irréfragable d'illicéité. Il faut certes se montrer vigilant : l'ingérence dans un droit fondamental ne saurait heurter le cœur même de ce droit,

l'homme (30 avril 1948) est du même ordre : « les droits de chaque homme sont limités par les droits des autres ».

¹ J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, éd. du Seuil, 1987, p 280 et 283.

² G. Vlachos, *La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste*, RIDC 1972, n° 2, p 279s, spéc. p 336s. On peut établir un rapprochement avec les écrits de J. Dabin (*Droit subjectif et subjectivisme juridique*, Arch. phil. droit 1964, t. IX, p 17s, spéc. p 22) : « dès qu'il paraît, le droit subjectif est frappé d'une limitation congénitale, provenant de la multiplicité et de la concurrence des droits subjectifs ».

³ Cour EDH, 21-2-1975, *Golder c/ Royaume Uni*, § 38.

⁴ A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 223. Sur la relativité des libertés : Ph. Ardant, *Les constitutions et les libertés*, Pouvoirs 1998, n° 84, p 61s, spéc. p 70s. Egalement N. Valticos, *Universalité et relativité des droits de l'homme*, in *Mélanges L.E. Pettiti*, Bruylant Bruxelles, 1998, p 737s, spéc. p 744.

⁵ P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, Dalloz, 2° éd. 1995, p 63. Cf. aussi, E. Picard, art. précité, p 29.

car cet élément revêt un caractère absolu. Cette fundamentalité substantielle doit toujours être préservée (B-).

A- Limitation et conciliation des droits fondamentaux.

100- Il ne doit désormais plus paraître antinomique de qualifier une prérogative de fondamentale et d'admettre par ailleurs qu'elle soit limitée ou conciliée ¹. Le professeur de philosophie Hugh LaFollette a ainsi souligné que les droits fondamentaux subissent ordinairement des restrictions ². Le phénomène est inévitable car « la juridicisation d'un principe supérieur conduit à l'intégrer dans un système juridique qui le limite »³. Comme l'a énoncé au cas particulier la Cour de cassation en 1956, la reconnaissance du droit de grève par le Préambule de la Constitution de 1946 « ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre (...) »⁴. Quant à la conciliation des libertés entre elles, elle ne constitue qu'une figure de la limitation de ces dernières puisqu'il va s'agir de les appliquer chacune partiellement ⁵, c'est-à-dire d'en atténuer les effets sur certains points. La résolution de l'opposition entre deux droits fondamentaux passe par une redéfinition matérielle de ceux-ci, certaines de leurs composantes étant délibérément omises ou au contraire mises en avant, afin de régler le conflit ⁶. Il s'agit de donner à chacun des deux droits sa juste place, de les combiner « dans une harmonie dialectique »⁷.

¹ V. Saint-James, La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, PUF, 1995, p 94 : « c'est justement parce qu'ils sont fondamentaux que les droits sont limités et conciliés ». Cf. également J. Fawcett, Quelques lumières sur les droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 1-3-1987, p 5 : les droits fondamentaux « doivent être prioritaires dans la vie sociale, législative et administrative, tout en faisant l'objet de quelques limitations nécessaires ».

² Même si le droit de porter des armes (*private ownership of guns*) était un droit fondamental, cela n'établirait pas directement qu'il soit interdit d'y apporter des limitations : H. LaFollette, Gun Control, Ethics 1/2000 p 263. Sur les analyses de cet auteur, v. notamment P. Lemieux, Du permis de conduire à l'autorisation d'avoir des enfants, Le Figaro 8 décembre 2000.

³ J.-P. Théron, Dignité et libertés, propos sur une jurisprudence contestable, in Etudes offertes à J. Mourgeon, Bruylant Bruxelles, 1998, p 295s, spéc. p 305. Pour X. Blanc-Jouvan, tout le droit « n'a pour objet que d'apporter des restrictions aux libertés » (Liberté et démocratie syndicales, in Mélanges J. Robert, Montchrestien, 1998, p 49).

⁴ Civ. sect. soc., 27-1-1956, Blanc, D. 56 p 481 n. A. Gervais.

⁵ G. Vedel, La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité", in La DDHC et la jurisprudence, colloque des 25/6-5-1989, PUF, 1989, p 35s, spéc. p 49.

⁶ E. Picard, art. précité, p 21.

⁷ C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDC 1997 p 357s, spéc. p 385. Plus généralement, E. Bertrand, Le rôle de la dialectique en droit privé positif, D. 1951, chron. p 151.

La conciliation semble la technique idéale lorsqu'une situation juridique cristallise l'opposition entre deux droits fondamentaux, par exemple la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise ¹ et les libertés fondamentales du salarié. Une logique en termes de prérogatives absolues conduit en effet nécessairement à une impasse insurmontable. La règle de la conciliation conduit alors à la résolution de l'opposition même si elle ne fournit pas une démarche claire, assistée, pour y parvenir. On sent intimement que les prérogatives des deux titulaires doivent accepter des concessions réciproques ², atteindre un équilibre, mais sans plus de précision, cela reste assez diffus. La souplesse de la méthode ne la rend pas très cartésienne.

101- La question se pose par ailleurs de savoir s'il n'existe pas des droits réfractaires à toute idée de conciliation, c'est-à-dire finalement des prérogatives qui ne sauraient se satisfaire d'une protection relative ³. Au niveau des droits fondamentaux constitutionnels, aucune liberté ne semble véritablement se singulariser ⁴. Des membres du Conseil Constitutionnel ont eu l'occasion de préciser, certes de façon informelle, qu'il n'y avait au sein des différentes normes constitutionnelles ni hiérarchie, ni règles supra-constitutionnelles⁵.

S'agissant des droits fondamentaux européens, l'article 15, § 2, de la CEDH permet d'affirmer, notamment, que les articles 3 et 4, § 1, consacrent des principes absolus ⁶. Il convient néanmoins, pour ce qui nous préoccupe, d'atténuer la portée d'une telle donnée.

¹ Sa valeur constitutionnelle est reconnue depuis la décision *Nationalisations* (CC 16-1-1982, RDP 82 p 377 obs. L. Favoreu), par déduction de l'article 4 de la DDH. La Cour de cassation semble se contenter d'évoquer un « principe général ». Ex : Civ. 3°, 26-3-1996, Bull. civ. III n° 151.

² Cette idée de compromis a été jugée peu satisfaisante, s'agissant de libertés fondamentales : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986, p 311. L'auteur préfère parler de « mise en compatibilité » que de conciliation.

³ La réponse ne fait aucun doute dans une perspective jusnaturaliste, où les droits subjectifs sont qualifiés d'intangibles et ne peuvent être limités (v. G. Kalinowski, *Logique et philosophie du droit subjectif*, Arch. phil. droit 1964, t. IX, p 37s, spéc. p 41) ; on a déjà écarté cette perspective (cf. *supra* n° 97).

⁴ On a d'ailleurs estimé de manière générale que « l'idée de liberté rend suspectes les classifications établies dans son contenu » : M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, p 18.

⁵ R. Badinter et B. Genevois, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, Rapport à la VIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara, 7/10-5-1990, RFDA 1990 p 315s, spéc. p 324. Cf. également G. Vedel (*La constitution comme garantie des droits, le droit naturel*, in M. Troper et L. Jaume (dir.), 1789 et l'invention de la constitution, Actes du colloque de l'AFSP, LGDJ/Bruylant, 1994, p 205s, spéc. p 215), pour qui « par rapport au droit positif, la reconnaissance d'un "noyau dur" immuable des droits de l'homme est évidemment aberrante ».

⁶ Pour l'article 3, cf. Cour EDH, 18-1-1978, *Irlande c/ Royaume Uni*, § 163. Le droit à la vie, garanti par l'article 2, est également déclaré intangible, « sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre ». C'est bien la preuve qu'il n'est pas absolu, ce que l'article 2 indiquait lui-même en prévoyant divers cas où le recours à la force est admis (§ 2).

Nous avons en effet choisi à dessein le terme de "principes" car, comme le laissent entendre les intitulés ajoutés à chaque article de la Convention conformément aux dispositions du Protocole n° 11, l'interdiction de la torture d'une part (article 3) et de l'esclavage d'autre part (article 4, § 1), ne sont pas véritablement des droits ¹. Ce sont plutôt des règles élémentaires et absolues. La distinction paraîtra sans doute spécieuse, mais le problème peut de toute façon rebondir dès lors que de véritables droits sont susceptibles d'être rattachés à ces articles. Ainsi l'article 3 de la CEDH est en mesure de constituer le fondement du droit à la dignité ². Ce droit est-il ou non susceptible de limitation par un acte juridique ³ ?

102- L'interrogation est d'importance car si l'on répond par la négative, cela prouverait que la soumission des actes juridiques aux droits fondamentaux par le truchement d'une conception absolue des libertés serait opérationnelle... au moins pour le droit à la dignité. Or peut-on avoir une conception relative de la dignité humaine ? Grotius répondait par la négative : c'est un droit immuable, « au point que Dieu ne pourrait le modifier, et auquel nul gouvernement *ou nul particulier* ne peut porter atteinte, car ce serait porter atteinte à la nature »⁴. De même, dans les affaires de "lancer de nain" jugées par le Conseil d'Etat en 1995, le Commissaire du gouvernement indiquait que le respect de la dignité est un « concept absolu s'il en est »⁵. Cela aboutit assurément à consacrer « l'absolutisme intransigeant d'une

¹ Il s'agit de *dispositions* de caractère absolu, les droits protégés n'étant pas en eux-mêmes exprimés : W.J. Ganshof Van Der Meersch, *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg*, in *Mélanges H. Mosler*, 1983, p 263. *Contra* : Cour EDH 4-12-1995, *Ribitsch c/ Autriche*, § 32, qui évoque les *droits* garantis par l'article 3.

² Cf. Cour EDH, 25-4-1978, *Tyrer*, in V. Berger, *Jurisprudence de la Cour EDH*, Sirey, 7° éd. 2000, p48 : violation de l'article 3 s'agissant d'un châtement corporel traitant l'individu en objet et portant ainsi atteinte à sa dignité.

³ Lorsque c'est un *fait* juridique qui heurte la dignité, les solutions retenues ne sauraient être ignorées. Dans l'affaire *Érignac*, « la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné gisant sur la chaussée » ; pour cette raison, elle est qualifiée d'attentatoire à la dignité de la personne humaine. La Cour d'appel « a pu juger » la publication illicite dès lors que selon l'article 16 du Code civil, la loi interdit toute atteinte à la dignité (Civ. 1°, 20-12-2000, JCP 2001 p 547, concl. J. Sainte-Rose, n. J. Ravanas ; D. 2001 SC p 1990, obs. A. Lepage). L'article 16 sera toujours brandi par ceux pour qui on ne "transige" pas avec la dignité, même au nom de la liberté d'informer.

⁴ Cité par G. Marcou, *Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme*, in *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p 635.

⁵ Concl. P. Frydman sur CE, Ass., 27-10-1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence* (deux arrêts), RFDA 95 p 1204, spéc. p 1209. Cf. aussi Ch. Delsol, *Le souci contemporain*, éd. Complexe, 1996, p 105 : la dignité est le « seul impératif moral absolu dans l'atmosphère relativiste ».

norme morale à l'état brut »¹, à se plier à une « religion de la personne humaine qui menace d'asphyxier l'individu »².

On a néanmoins fait remarquer que lorsque le Conseil Constitutionnel a dégagé le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation³, il a énoncé les autres normes constitutionnelles applicables au contrôle des lois déferées, notamment la liberté individuelle. De là à dire que la dignité ne prévaudra pas systématiquement sur la liberté, et donc que le respect de la dignité de la personne est un droit relatif⁴, il n'y a qu'un pas. Il convient pourtant de relever que le Conseil a précisé que c'était la liberté individuelle qui devait être conciliée avec les autres principes constitutionnels, ce qui ne paraît pas impliquer l'inverse⁵. La dignité n'a pas vocation à être le principe qui concède⁶. Il ne semble pouvoir en être autrement qu'en période de crise : en cas d'état de siège par exemple, les droits du citoyen peuvent être « un instant suspendus »⁷.

103- En réalité, la clef de solution réside dans le franchissement d'un seuil. Il s'agit de savoir si la dignité est atteinte dans son essence, dans son fondement même⁸. Ce degré d'altération ne doit jamais être atteint. A l'intérieur de cette limite, la protection est absolue. A l'extérieur, la protection n'est que relative. C'est d'ailleurs ainsi que doit être précisée la méthode de conciliation des droits fondamentaux : elle ne peut affecter les droits que dans

¹ O. Cayla, Le coup d'Etat de droit ?, Le Débat 1998, n° 100, p 108.

² Th. Pech, La dignité humaine, du droit à l'éthique de la relation, *Justices* 5/2001, Hors-série au Rec. Dalloz du 24/5/2001, p 90s, spéc. p 105s, qui se demande si « au nom de l'insubmersible dignité humaine », ou « à la faveur d'un soudain prurit de vertu », on n'en viendra pas un jour à pénaliser le saut à l'élastique...

³ CC 27-7-1994, Bioéthique, RFDC 94 p 799 n. L. Favoreu.

⁴ B. Jorion, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, RDP 1999 p 197s, spéc. p 229 et 227. La dignité est susceptible de limitations : M. Herzog-Evans, Fougères corporelles et dignité de l'homme, RSC 1998 p 735s, spéc. p 745.

⁵ Cf. cependant dans le dernier état de sa jurisprudence, CC 27-6-2001, Loi sur l'IVG et la contraception, D. 2001 p 2533 n. B. Mathieu, où le principe de dignité de la personne humaine est concilié avec celui de liberté.

⁶ A ce titre, le consentement d'une personne à un acte jugé attentatoire à la dignité humaine, consentement qui prétendrait exprimer la liberté individuelle du sujet de maîtriser sa propre dignité, ne saurait constituer un argument décisif : v. plus généralement n° 189s.

⁷ La formule est du conseiller d'Etat Boudet, cité par Corneille, *in* concl. sur CE 6-8-1915, Delmotte, Senmartin (deux arrêts), S. 1916, III, 9. On peut considérer qu'en de telles circonstances, c'est l'encadrement (notamment dans le temps) d'une telle suspension qui fera office de garantie des droits fondamentaux.

⁸ Ce serait le cas si était investie la part de dignité qui relève de notre appartenance commune à l'humanité, par opposition à celle qui relève de notre dignité individuelle (cf. Y. Thomas, Le sujet de droit, la personne et la nature, Le Débat 1998 n° 100 p 85) ; cette distinction est cependant bien difficile à manier en pratique. Mieux vaut sans doute s'en remettre à une appréciation de la gravité de l'atteinte infligée à la dignité, quitte d'ailleurs à ne brandir cette dernière qu'en des cas extrêmes (traitements inhumains, etc....).

leur expression, non dans leur existence, car celle-ci n'est pas susceptible d'être remise en question¹. Dans un langage plus familier aux privatistes, on retiendrait qu'il existe une certaine marge de manœuvre pour limiter la capacité d'exercice, mais que l'on ne saurait jamais supprimer la capacité de jouissance des droits fondamentaux².

B- Préservation de la fondamentalité substantielle.

104- Les droits fondamentaux « ne sont pas toujours prééminents en tous les aspects de leurs dimensions »³. Seuls certains de ces aspects doivent se voir attribuer un caractère absolu et il ne faut accorder un tel caractère qu'à la substance des droits fondamentaux.

Une telle analyse se rencontre dans la théorie des droits fondamentaux des Etats⁴. Cette construction est née au XVI^e siècle, en réaction notamment contre les prétentions à l'hégémonie du Pape⁵. Il s'agissait de briser tout lien d'allégeance à l'égard de ce dernier ou de toute autre autorité, notamment impériale, en conférant aux Etats, sur le modèle des droits naturels des êtres humains, des droits tels que ceux à l'indépendance, au respect de la souveraineté ou à la participation au commerce international. Ces droits, que l'on pouvait croire absolus, étaient en réalité relatifs ; des restrictions pouvaient y être aménagées, pourvu toutefois qu'elles n'en altèrent pas les éléments essentiels. C'est ce dernier détail qui nous intéresse particulièrement ici : la substance des prérogatives fondamentales d'un Etat doit être maintenue, faute de quoi l'entité perdrait son caractère étatique, son caractère de sujet du droit international.

105- A l'heure actuelle, cette exigence absolue du respect de la fondamentalité substantielle figure notamment dans la Loi fondamentale allemande de 1949, dont l'article 19, alinéa 2, interdit qu'il soit porté atteinte au contenu essentiel (*Wesengehalt*) des droits

¹ V. Saint-James, *op. cit.*, p 346. Pour certains, cela tient au fait que l'existence des droits fondamentaux relève de la supraconstitutionnalité, ce qui en fait un minimum incompressible (cité par J. Robert, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, éd. Montchrestien, 1999, p 66). La thèse de la supraconstitutionnalité a néanmoins perdu de sa vigueur depuis la décision *Maastricht II* (CC 2-9-1992), qui précise que nul ne saurait contrôler le respect par le pouvoir constituant des principes de valeur constitutionnelle.

² Cela tient à la nature même des droits fondamentaux, car comment pourrait-on prétendre empêcher une personne d'être *titulaire* de tels droits, alors que ces derniers, au moins dans une première approche, sont justement définis comme ceux dont toute personne est titulaire en tant qu'être humain ? Pour nourrir le débat, v. le rapport de la Commission EDH du 13 décembre 1979 dans l'affaire *Hamer c/ Royaume-Uni* (DR 24 p 5), qui énonce qu'on ne saurait enlever à une personne la pleine capacité juridique du droit de contracter mariage (§ 62).

³ E. Picard, art. précité, p 29.

⁴ Hobbes et Pufendorf parlaient des droits essentiels ou inviolables des puissances souveraines : F. Poirat, *La doctrine des « droits fondamentaux » de l'Etat*, *Droits* 1/ 1993, n° 16, p 83.

⁵ Ces données et les suivantes sont issues de M. Waline, *op. cit.*, p 224s.

fondamentaux¹. La Constitution espagnole de 1978 comporte une disposition similaire, qui semble ainsi caractéristique des pays dans lesquels la norme suprême a été élaborée au sortir « d'une expérience autoritaire dramatique »².

La difficulté consiste à définir le contenu substantiel d'un droit fondamental. Si pour certains il va de soi que cette question ne saurait être élucidée³, on a pu l'envisager comme résidant dans « les caractéristiques nécessaires pour que le droit puisse être considéré comme faisant parti du type décrit et sans lesquelles il cesse d'appartenir au type en question »⁴. La définition est ainsi très proche de celle de la notion d'essence en philosophie : « ce qui fait que la chose est ce qu'elle est »⁵. Si cette substance venait à manquer, on ne pourrait plus penser la liberté considérée, elle aurait disparue⁶. Au-delà d'un seuil critique, l'altération quantitative d'une liberté entraîne un changement qualitatif⁷. Il s'agit donc de veiller à ce que l'encadrement d'une liberté n'atteigne pas un degré tel que celle-ci s'en trouve niée dans son principe, réduite à néant⁸. Il ne faut jamais que soient "bloquées" toutes les possibilités de jouissance d'un droit⁹. Il est loisible de voir une application de ces préceptes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux quotas d'emplois.

¹ Cf. M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, in Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, Cujas 1975, p 49, qui choisit précisément de traduire par "substance".

² P. Bon, Les droits et libertés en Espagne, éléments pour une théorie générale, in Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne, Actes du colloque de Bordeaux des 29/30-3-1990, éd. du CNRS, 1991, p 35s, spéc. p 36 et 37. Il s'agit de l'article 9.

³ J. Schwarze, Droit administratif européen, Bruylant, 1994, vol. 1, p 465. A également été soulignée, ce qui revient au même, « l'impossibilité de décider à partir de quel degré un droit serait (...) entièrement occulté » : G. Bacot, La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958, RDP 1989 p 685s, spéc. p 710.

⁴ P. Bon, *op. cit.*, p 62. Il s'agit en l'occurrence de la définition du "contenu essentiel" retenue par le Tribunal constitutionnel espagnol (8-4-1981), qui le conçoit également comme « la fraction du contenu du droit qui est absolument nécessaire pour que les intérêts juridiquement protégés qui donnent vie au droit en question soient garantis de façon réelle, concrète et effective » : v. Rapport espagnol in La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux, VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara, 7/10-5-1990, AIJC 90 p 99s, spéc. p 125.

⁵ M.-C. Bartholy et P. Acot, Philosophie épistémologie, précis de vocabulaire, éd. Magnard, 1975, V^o essence.

⁶ N. Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980, p 100. L'auteur n'emploie pas le mot "substance", lui préférant "quintessence".

⁷ M. Verpeaux, Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : permanence et actualité, CJEG 12/1999 p 411s, spéc. p 416.

⁸ J. Schwarze, *op. cit.*, vol. 2, p 770.

⁹ Cf. CJCE 13-12-1979, Hauer, Rec. p 3727, spéc. les arguments du gouvernement allemand, p 3733 et les conclusions de l'avocat général F. Capotorti, p 3761.

On sait que des dispositions légales adoptées par des Länder allemands accordaient, à qualifications égales, une priorité d'embauche aux candidates dans les secteurs où le sexe féminin était sous-représenté. Or, si à deux ans d'intervalle, entre les décisions *Kalanke* et *Marschall*, la Cour est passée « d'une condamnation radicale à une approbation chaleureuse »¹, c'est que la priorité conférée aux femmes dans la première espèce était absolue, totale, tandis que dans la seconde affaire, il était prévu une "clause d'ouverture", une possibilité de dérogation à l'exclusion systématique des travailleurs masculins. La substance même de l'égalité de traitement était violée dans le premier cas puisque les hommes étaient automatiquement écartés tant que le quota de femmes n'était pas atteint. Il était au contraire possible dans l'affaire *Marschall* de prendre en considération des motifs, tenant à la personne des candidats masculins, susceptibles de faire pencher la balance en leur faveur ; on laissait ainsi une chance d'application au principe d'égalité.

De manière plus générale, mais aussi plus abstraite, on verra dans la substance d'un droit fondamental ce qui en constitue le noyau². L'image du fruit est assez éclairante³ : son cœur représente la partie centrale et par ailleurs non consommable. Elle demeure intacte quelle que soit la force des appétits. Elle contient la graine permettant la renaissance du fruit et si cette substance venait à être détruite, l'espèce ne pourrait plus prospérer à l'avenir⁴.

La difficulté à traduire en pratique de telles considérations est manifeste (la doctrine a parlé de « quête du noyau intangible »⁵). Il est foncièrement malaisé de définir plus précisément la substance d'un droit fondamental, sauf à s'exprimer au cas par cas. Seule en effet la casuistique jurisprudentielle peut permettre de dégager dans quelles hypothèses telle ou telle liberté est heurtée de manière substantielle ou est au contraire simplement limitée⁶. Il

¹ J. Jacquain, Egalité entre travailleurs féminins et masculins, JTDE 11/2000, n° 73, p 201s, spéc. p 206. Cf. respectivement CJCE 17-10-1995, Rec. p 3051 ; 11-11-1997, Rec. p 6363.

² Le mot substance vient de *substare*, se tenir dessous.

³ Le droit des biens suggère un rapprochement entre la notion de substance et celle de fruits, puisque ces derniers, à la différence des produits, présentent la particularité de pas altérer la substance du bien (cf. par exemple S. Piedelièvre, Répertoire civil, Dalloz, 1997, V° Fruits, n° 29).

⁴ Une image légumière a pu être utilisée pour le droit de propriété, présenté comme un droit « artichaut » : « même si on lui retire une série d'attributs, il reste lui-même, sauf si l'on touche au cœur, auquel cas il disparaît » (L. Favoreu, La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, in La DDHC et la jurisprudence, colloque précité, p 123s, spéc. p 138).

⁵ J.-B. Marie, La quête du noyau intangible, in P. Meyer-Bisch (éd.), Le noyau intangible des droits de l'homme, VII° colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Fribourg 23/5-11-1989, éd. universitaires Fribourg Suisse, 1991, p 11.

⁶ Par exemple, l'obligation imposée à un accusé condamné par défaut de faire opposition avant de se pourvoir en cassation ne saurait être considérée « comme portant atteinte à la substance même du droit au recours » : Cour EDH 27-4-2000, Haser c/ Suisse.

s'agit d'un nouveau domaine qui suscitera à n'en pas douter « un sentiment d'inquiétude – parfois de panique – devant le pouvoir discrétionnaire donné aux juges et l'incertitude de décisions à la fois peu visibles et peu prévisibles »¹. Il n'appartient pourtant qu'aux décideurs politiques de "reprenre la main", à l'instar des rédacteurs de la Constitution bernoise de 1995 qui ont expressément fait figurer dans le texte constitutionnel le contenu essentiel, intangible, de certaines libertés, et ce afin de ne pas « laisser à la seule doctrine et aux seuls tribunaux le soin de mettre en évidence (...) l'essence de chaque droit fondamental »².

106- Au total, l'analyse qui prétendrait résoudre de façon radicale l'opposition entre un acte juridique et des droits fondamentaux, en s'appuyant sur le caractère absolu de ceux-ci, dévoile ses limites. Son argument principal s'avère faux et ne vaut que pour la substance des libertés. Son caractère abstrait, liée à l'idéologie jusnaturaliste qui la soutient, peut rebuter, surtout si on la compare à une autre manière d'arbitrer le conflit acte juridique-droits fondamentaux et qui s'appuie sur la notion d'ordre public. Cette seconde voie, toute aussi radicale, a l'apparence de la simplicité et de l'automaticité³. Son fondement classique apparaît très familier aux privatistes. Sa pertinence n'est pourtant qu'apparente : à l'état brut, elle est insuffisante.

¹ La formule est empruntée à M. Delmas-Marty, *Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme*, *op. cit.*, p 330.

² Propos tenus par le directeur de la justice M. Annoni, cités *in* W. Kälin et U. Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Haupt Staempfli, Berne, 1995, p 317. Ainsi par exemple, l'article 14, alinéa 2, de la Constitution bernoise prévoit que l'élément essentiel de la liberté de croyance réside dans l'interdiction de contraindre une personne à un acte religieux ou à une profession de foi. Il y a là une parenté évidente avec la dimension négative de la liberté religieuse, telle que retenue par la Cour constitutionnelle allemande : la liberté de ne pas se voir imposer des comportements en contradiction avec ses convictions (cité par A. Legrand, art. précité, p 294).

³ Rapprocher de L. Julliot de la Morandière, qui précise que selon la théorie classique, « l'ordre public fonctionne de façon brutale » (*Influence des théories sociales sur la jurisprudence française en matière d'acte juridique*, Extrait de la revue *Hogaku-Kyokai Zasshi* 1934 p 1s, spéc. p 43).

Section 2° : L'insuffisance du caractère d'ordre public des droits fondamentaux.

107- L'utilisation du concept d'ordre public a toujours la faveur du juge. Il faut dire que l'outil est à la fois « vague et commode »¹. C'est d'abord une manière pour les magistrats de montrer qu'ils ne cèdent pas à la mode des sources constitutionnelles ou européennes (quand bien même d'ailleurs ils s'inspireraient de ces sources pour dégager les règles qualifiées par eux d'ordre public²). Cela donne ainsi au juge l'occasion d'afficher l'autorité de ses propres modes de raisonnement, l'efficacité de ses outils traditionnels (article 6 du Code civil notamment). Est ainsi préservée la spécificité du droit privé face aux stratégies d'envahissement du droit public³ et du droit supranational. Surtout, le rattachement à l'ordre public confère au juge la maîtrise des droits auxquels il accorde cette protection. Le juge ordinaire considère qu'il va pouvoir par ce biais les faire évoluer à sa guise, sans trop se soucier des interprétations officielles délivrées en particulier par le Conseil Constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme. Il est permis d'illustrer ce désir d'autonomie par un exemple tiré du droit public.

108- L'autorité de police administrative tend à assurer le maintien de l'ordre public. La notion désigne ici traditionnellement la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Le juge administratif veille au respect de la finalité de cette mission et sa maîtrise de la notion d'ordre public lui garantit un contrôle efficace. Lorsque le Conseil d'Etat a été conduit à juger de la légalité d'arrêtés interdisant des spectacles de "lancer de nain", la haute juridiction n'a pas souhaité utiliser le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dégagé par le Conseil Constitutionnel un an plus tôt⁴. Elle n'a pas non plus sollicité directement l'article 3 de la CEDH, se contentant de viser la Convention européenne. Le véritable ressort de ses décisions tient en réalité en une phrase : « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public »⁵. Le Conseil d'Etat ménage ainsi son

¹ G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd. 1949, n° 25.

² Sur l'hypothèse où, « poussé par un chauvinisme bien gaulois, le juge français s'approprierait ainsi des solutions européennes, en les faisant passer pour du droit national », v. E. Garaud, La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen, in J.-P. Marguénaud (dir.), Convention européenne des droits de l'homme et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français, éd. La Documentation française, 2001, p 126s, spéc. p 142.

³ B. Peter, Des droits fondamentaux en R.F.A. : limitation et protection, Th. Lille II, 1989, p 223.

⁴ CC 27-7-1994, précité.

⁵ CE, Ass, 27-10-1995 (deux arrêts), précités. Sur cette jurisprudence : O. Cayla, « Jeux de nains, jeux de vilains », in G. Lebreton (dir.), Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996, Journée d'études du Havre du 15-5-1997, éd. L'Harmattan, 1998, p 149s.

indépendance ¹ : il maîtrisera le devenir de la notion dégagée, qu'il ne faudra pas assimiler à la dignité maniée par d'autres juges.

109- L'emploi de l'ordre public en droit public et en droit privé répond à des finalités certes différentes (guider l'activité de police dans un cas, encadrer la liberté contractuelle dans l'autre)², ce qui rend toute comparaison contestable, mais on ne peut s'empêcher de relever que dans ces affaires de lancer de nain, l'argumentation utilisée ne se caractérisait pas par sa souplesse : portant atteinte à la dignité, composante de l'ordre public, les attractions en question avaient été valablement interdites. Rapportée à la notion et à l'utilisation privatistes de l'ordre public, cette automaticité pourrait bien n'être qu'un leurre s'agissant d'apprécier un acte juridique empiétant sur les droits fondamentaux. Si ces derniers sont en effet d'ordre public (§ I), l'ordre public est toujours relatif ³ (§ II).

§ I : Les droits fondamentaux sont d'ordre public.

Rattacher les droits fondamentaux à l'ordre public présente *a priori* certains intérêts dans la perspective de soumettre de façon systématique les actes juridiques à leur respect (**B-**). Il convient d'examiner au préalable sur quelles bases repose le principe de ce rattachement (**A-**).

A- Principe du rattachement.

110- L'ordre public tend à protéger les valeurs fondamentales de la société ⁴. Les droits fondamentaux en font nécessairement partie : ils véhiculent évidemment de telles valeurs. La démonstration se fait d'elle-même car ils appartiennent par nature au « petit faisceau des

¹ En ce sens, L. Favoreu, *Légalité et constitutionnalité*, Cahiers du Conseil Constitutionnel 1997, n° 3, p 73s, spéc. p 79.

² Certains y voient cependant une finalité commune : la protection des principes essentiels au maintien de la société organisée que régit notre système juridique (F. Barloy, *Le contrat et la norme juridique en droit public français*, contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat, Th. Montpellier I, 1995, p 333 et 334).

³ Sur la « certaine relativité de l'ordre public », cf. M. Planiol, par G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, Obligations et droits réels, LGDJ, 1957, n° 2430. Cf. également L. Julliot de la Morandière (article précité, p 44s), qui précise que contrairement à ce que pensaient les auteurs classiques, l'ordre public est une notion souple dans son application.

⁴ J. Cayron, *Ordre public et validité du contrat : aspects du droit de la famille et du droit des personnes*, RJPF 1999, n° 4, p 6.

cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bâti élémentaire »¹. Chaque droit fondamental a précisément pour fonction de garantir un principe supérieur de civilisation², dont l'ordre public n'est à la base qu'un agglomérat³. Aussi ce rattachement est-il affirmé en jurisprudence sans plus de justifications. Ici on précise que les dispositions « destinées à protéger les droits fondamentaux (...) et les libertés individuelles sont d'ordre public », là que « les droits de la personnalité comme les libertés civiles sont d'ordre public »⁴. Cette force de l'évidence transparaît dans les écrits du Doyen Savatier : « le respect des valeurs humaines fait partie, *naturellement*, de l'ordre public », ce dernier étant « présent partout, en matière de sauvegarde des attributs de la personne »⁵.

Une telle analyse ne peut qu'être approuvée. Il est en effet admis que l'ordre public classique, politique, protège l'individu contre les violations de ses droits et libertés⁶. Quel meilleur moyen d'assurer cette protection que de placer les libertés elles-mêmes au sein de l'ordre public ? Au demeurant, ce rattachement à l'ordre public traditionnel ne doit pas conduire à s'en faire une vision figée, dépassée ; on a au contraire prédit que cet ordre public, conservateur et négatif, pourrait connaître un renouvellement dû à l'importance qui est attachée aux droits de l'homme depuis quelques années⁷.

111- Il est néanmoins possible de ne pas fonder exclusivement la qualification d'ordre public des droits fondamentaux sur une conception plaçant l'individu au centre des préoccupations du droit. Si l'ordre public traditionnel doit réagir face à une atteinte à un droit fondamental, on peut ainsi estimer que c'est parce qu'une telle atteinte fragilise en réalité

¹ Ph. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.), éd. Matot-Braine, 1953, n° 52.

² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, t.1, L'acte juridique, éd. A. Colin, 9° éd. 2000, n° 280.

³ Il convient bien sûr d'avoir conscience que tout ce qui est d'ordre public n'est pas nécessairement empreint de fondamentalité. Ainsi, « le droit du preneur de céder la bail commercial à son successeur peut sans doute être considéré comme étant d'ordre public. Mais, pour le moins, il faut douter que ce droit soit fondamental au point que sa mise en cause modifie la face de notre société » (B. Thullier, L'autorisation, étude de droit privé, LGDJ, 1996, n° 148).

⁴ Respectivement : Rennes, 18-9-1987, D. 88 p 440 n. J.-F. Renucci ; T.I. Périgueux, 12-10-1990, Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine 1/91 p 116 n. V.-L. Terneyre.

⁵ R. Savatier, Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, *in* Mélanges V. Gothot, Liège, 1962, p 567s, spéc. p 585 et 587.

⁶ J. Schmidt-Szalewski, Droit des contrats, Litec, 1989, n° 195 ; Ch. Larroumet, Droit civil, Les obligations, le contrat, t. 3, Economica, 4° éd. 1998, n° 396.

⁷ L. Leveneur, La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité..., AJDA 1998 p 676s, spéc. p 681.

l'Etat lui-même, plus précisément les fondements de son organisation ¹. C'est semble-t-il la position anglaise. Si le droit britannique condamne les promesses de ne pas se marier, de ne pas ester en justice ou de ne pas faire concurrence, c'est plus parce qu'il les considère comme nuisibles à l'institution du mariage, à l'administration de la justice et à l'économie, qu'en raison de leurs effets sur les droits et libertés de l'individu ². Si une analyse en termes d'atteintes aux libertés individuelles a notre préférence, il faut reconnaître que les deux aspects sont liés : le maintien de l'organisation étatique est un gage de l'exercice des libertés individuelles ³.

112- Il convient d'établir plus concrètement le rattachement des droits fondamentaux à l'ordre public. S'agissant de ceux qui font l'objet d'un relais législatif, la loi elle-même peut affirmer son caractère d'ordre public. Trois exemples suffiront.

Selon l'article 16-1 du Code civil, « chacun a droit au respect de son corps » et l'article 16-9 précise que cette disposition est d'ordre public. De même, l'article 4, j, de la loi du 6 juillet 1989 répute non écrite la clause d'un bail « qui interdit au locataire l'exercice d'une activité politique, syndicale, associative ou confessionnelle », et cette réglementation est d'ordre public (article 2). L'article L. 412-2 du Code du travail, pareillement d'ordre public (alinéa 5), interdit quant à lui à l'employeur « de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions (...) ».

113- A défaut d'une loi, le juge peut prendre le relais. Les qualifications qu'il choisit retiennent alors l'attention, surtout si le droit fondamental en question n'a pas encore fait l'objet d'une consécration constitutionnelle, ou si son assise conventionnelle est inexploitée, voire inexistante. Ainsi, dans l'affaire *Epoux Barbier contre Air France*, où était en jeu une clause de célibat frappant les hôtesses de l'air de cette compagnie, la Cour d'appel de Paris énonce à l'appui de son raisonnement que « le droit au mariage est un droit individuel d'ordre

¹ Cette approche permet au demeurant d'écarter l'opinion qui conteste le rattachement à l'ordre public de règles supposées protéger *exclusivement* des intérêts **privés**. Pour une telle opinion, cf. semble-t-il P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée, Economica, 3^e éd. 1995, n^o 1, qui indique que les règles protégeant le secret de la vie privée ne sont pas d'ordre public puisqu'elles assurent la protection d'un intérêt privé.

² En ce sens, J.A. Jolowicz (dir.), Droit anglais, Dalloz, 2^e éd. 1992, n^o 185. Un parallèle peut être établi avec l'arrêt *Johnston* (CJCE 15-5-1986, Rec. p 1656), qui consacre le droit au juge, plus pour renforcer la primauté du droit communautaire que pour ouvrir une protection aux individus : D. Simon, Débats, in Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999.

³ Cf. D. Huisman et A. Vergez, Nouveau court traité de philosophie, Nathan, 1974, p 330 : si la personne humaine est la seule valeur, l'Etat est un moyen nécessaire pour la réalisation des aspirations individuelles. Ces auteurs citent P. Valéry : « si l'Etat est fort, il nous écrase, s'il est faible, nous périssons ». Cf. plus généralement R. Le Senne, Traité de morale générale, PUF, 4^e éd. 1961, p 606 : l'ordre est vivifiant et favorise la liberté en lui assurant plus de fins et de moyens.

public (...) »¹. Dans l'affaire *Dame Roy* précitée, la Chambre mixte de la Cour de cassation ne dira pas autre chose à propos de ce qu'elle préfère dénommer « liberté du mariage »².

114- La doctrine n'hésite pas non plus à qualifier certaines libertés d'ordre public³, notamment lorsqu'une assise plus haute ne s'affirme pas encore clairement. La liberté créatrice de l'artiste se voit ainsi conférer un caractère d'ordre public⁴. On peut y voir une ramification du statut accordé à la liberté du travail. La doctrine confère en effet à cette dernière une qualité d'ordre public⁵ et continue à préférer cette qualification, nonobstant le rang constitutionnel "découvert" par la Chambre sociale de la Cour de cassation⁶. Tout cela n'est pourtant qu'affaire de mots dès lors que les droits fondamentaux constitutionnels peuvent se voir reconnaître une valeur d'ordre public.

Au cas particulier, la Cour d'appel de Versailles a attribué cette qualité à un principe particulièrement nécessaire à notre temps, en l'occurrence le droit au travail garanti par l'alinéa 5 du Préambule de 1946⁷. Il ne serait guère compréhensible que cette qualification ne vaille que pour certaines dispositions constitutionnelles, aussi faut-il l'attribuer par principe à l'ensemble du bloc de constitutionnalité⁸. A cet égard, et tout en ayant conscience de l'autorité toute relative attachée au jugement du Tribunal civil de la Seine de 1947 dans l'affaire *Dame Burdy* précitée, il faut souligner la clairvoyance de cette décision : on y lit que la clause raciste heurte « les règles d'ordre public, telles qu'elles résultent (...) de la

¹ Paris, 30-4-1963, D. 63 p 428 n. A. Rouast, RTDC 63 p 570 obs. G. Cornu.

² Cass. Ch. mixte, 17-10-1975, JCP 76, II, 18238, n. R. Lindon.

³ Même s'il n'employait pas les substantifs droits ou libertés, le Doyen Josserand relevait ainsi que l'intégrité physique et morale de la personne humaine, ainsi que sa dignité, « sont d'ordre public » : L. Josserand, La personne humaine dans le commerce juridique, D. H. 1932, chron. p 1. Pour Ph. Ardant (n. sous Cass. Ass. Plé. 19-5-1978, *Dame Roy*, D. 78 p 549), « les libertés publiques et les règles fondamentales de leur régime juridique sont d'ordre public ».

⁴ R. Savatier, n. sous Aix, 23-2-1965, D. 66 p 166 ; également A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire & artistique, Litec, 1994, n° 368. Sur la liberté créatrice, cf. *supra* n° 16.

⁵ En ce sens, G. Lyon-Caen, Les clauses restrictives de la liberté du travail, Dr. social 1963 p 87 ; L. Rozès, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. social 1977 p 311.

⁶ Soc. 18-12-1997, Dr. social 98 p 194, et les observations de J. Savatier qui doute de l'utilité de la qualification constitutionnelle. Sur celle-ci, cf. *supra* n° 85.

⁷ Versailles, 11-3-1985, D. 85, IR p 421. On gardera cependant à l'esprit les ambiguïtés du terme "droit" au travail (cf. *supra* n° 44 et 85).

⁸ Les règles constitutionnelles doivent être considérées « *a priori* comme intégralement d'ordre public » : Ph. Terneyre, Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ?, Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, in Mélanges G. Peiser, PUG, 1995, p 473s, spéc. p 481. Cf. sur le thème en général : N. Jacquinet, Ordre public et Constitution, Th. Aix-en-Provence, 2000.

Constitution de la République française du 27 octobre 1946 »¹. Il est d'ailleurs saisissant de constater que le Tribunal poursuit en incluant sans hésitation aucune dans « ce dernier texte » les dispositions liminaires de son Préambule. Ainsi est d'ordre public non seulement le corps même de la Constitution, mais surtout son Préambule, c'est-à-dire les PPNT, les PFR et la DDH.

115- L'ère de la Ve République n'a pas modifié l'analyse, et la doctrine reconnaît unanimement la valeur d'ordre public des principes constitutionnels, qui sonne comme un pléonasme ; quoi de plus fondamental que la norme fondamentale ? La Constitution « touche par principe à l'ordre public »², la sauvegarde des libertés essentielles formulées par la DDH et le Préambule de 1946 « intéresse au plus haut point l'ordre public »³. Bref, il existe un « ordre public constitutionnel »⁴.

116- L'analyse ne doit pas diverger s'agissant des droits fondamentaux conventionnels, en particulier les prérogatives garanties par la CEDH⁵. Les traités et conventions proclamant des droits élémentaires « prennent forcément appui sur des règles dont le caractère d'ordre public n'est pas contesté »⁶. Nous ne souscrivons pas ici à la distinction proposée par M. Sudre, pour qui seuls certains droits énoncés par la Convention européenne seraient d'ordre public, ceux qu'il qualifie de droits fondamentaux...⁷ On les reconnaîtrait au concert de louanges que leur accorde la Cour européenne des droits de l'homme : constituer le fondement essentiel de la démocratie, aller de pair avec la prééminence du droit⁸. Se dégageraient ainsi la liberté d'expression, de conscience, de religion, le droit à l'intégrité

¹ T. civ. Seine, 22-1-1947, précité, D. 47 p 126.

² G. Drago, Contentieux constitutionnel français, PUF Thémis, 1998, p 500. Pour F. Zénati, obs. sous Civ. 1^o, 4-1-1995, RTDC 96 p 932s, spéc. p 935, le droit constitutionnel est plus que d'ordre public, « il est l'ordre public par excellence ! ». Cf. également B. Mathieu, Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau", RTDC 1994, p 59s, spéc. p 63.

³ M. Gégout, Juris-Classeur civil, art. 6, fasc. I, 1979, n^o 19.

⁴ N. Molfessis, Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées H. Capitant, Lille 1996, p 65s, spéc. p 107. Cf. également B. Amar-Layani, Le contrôle de constitutionnalité de l'acte juridique privé, Th. Toulouse I, 1994, n^o 238, pour qui se dessine un ordre public nouveau, constitué des principes constitutionnels. Sur la notion : N. Jacquinet, *op. cit.*, n^o 103.

⁵ Cf. W.J. Ganshof Van Der Meersch, La CEDH a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ?, in Les droits de l'homme en droit interne et en droit international, Actes du 2^o colloque sur la CEDH, Vienne 18/20-10-1965, PU de Bruxelles, 1968, p 155.

⁶ J. Hauser et J.-J. Lemouland, Rép. civ., V^o Ordre public et bonnes mœurs, 1993, n^o 11.

⁷ Dans cette acception, il n'y a plus à expliquer que les droits fondamentaux sont d'ordre public.

⁸ F. Sudre, Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, in Mélanges M.-A. Eissen, LGDJ, 1995, p 381s, spéc. p 390.

physique ou encore à un procès équitable. Néanmoins, comme la catégorie de droits ainsi délimitée ne semble pas soumise à un régime spécifique réellement identifiable, elle ne paraît pas décisive. Tous les droits fondamentaux contenus dans la CEDH sont d'ordre public.

Lorsqu'elles s'aventurent sur le terrain de l'ordre public, les instances européennes ne distinguent d'ailleurs pas. En 1961, la Commission européenne des droits de l'homme a retenu, dans une formule assez maladroite d'ailleurs, qu'en concluant la Convention, les Etats contractants avaient voulu « instaurer un **ordre public communautaire** des libres démocraties d'Europe »¹. En 1995, dans son arrêt Loizidou, la Cour baptise la Convention « instrument de l'**ordre public européen** pour la protection des être humains »², formule juridiquement plus juste mais non moins audacieuse, d'autant que la Cour va même jusqu'à y voir l'instrument « *constitutionnel* de l'ordre public européen »³.

117- Nos juridictions se montrent traditionnellement beaucoup moins péremptoires sur ce terrain. Il est vrai que la CEDH est en principe peu mobilisée, ce qui réduit mathématiquement la fréquence à la voir qualifiée d'ordre public⁴. Cette absence de rattachement clair semble révéler l'hésitation et la prudence des juges. Le contraste est à cet égard frappant avec l'attitude des juridictions belges.

Elles se montrent sur ce plan beaucoup plus audacieuses, même s'il est possible de considérer que le détour par l'ordre public traduit une certaine précaution, puisque la CEDH est alors diluée au sein d'un outil plus familier. Il n'empêche, nos voisins nous offrent une vision décomplexée de la question. Ils affirment ainsi la valeur d'ordre public de tel ou tel article de la Convention⁵, et ce pour permettre notamment que le moyen pris de leur violation

¹ Com. EDH, 11-1-1961, Autriche c/ Italie, Ann. vol. 4 p 139.

² Cour EDH, 23-3-1995, Loizidou c/ Turquie. Certains estiment que l'ordre public envisagé par l'arrêt « n'entretient avec l'ordre public national d'autres rapports que ceux d'une comparabilité suggérée par l'homophonie » et que la Cour n'a pas entendu faire référence au droit des obligations : C. Picheral, L'ordre public européen, recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, Th. Montpellier I, 1999, p 192 et 331. L'expression renvoie pourtant bien à une impossibilité de dérogation et de renonciation (sur lesquels v. *infra* n° 119s) : P.-M. Dupuy, Droit international public, Dalloz, 5° éd. 2000, n° 194.

³ Il est piquant de relever que le Doyen Carbonnier avait vu dans la CEDH une « pseudo Constitution étrangère » (J. Carbonnier, Droit civil, introduction, PUF Thémis, 22° éd. 1994, n° 116 ; ces propos ont disparu dans les éditions postérieures - v. ainsi 25° éd. 1997, n° 141). Pour B. Oppetit, « la formule traduit l'ascendance d'un pouvoir judiciaire qui entend s'affirmer face aux pouvoirs législatif et exécutif des Etats nationaux » (Philosophie du droit, Dalloz, 1999, n° 109).

⁴ V. à titre d'exemple, et s'agissant de l'article 6 de la Convention, Pau 27-9-1990, cité par V.-L. Terneyre *in n.* sous T.I. Périgieux, 12-10-1990, précité.

⁵ Au sujet de l'article 8 : C. Trav. Bruxelles, 4-5-1973, R.W. 73-74, col. 382. Au sujet de l'article 6, § 3 c : CE (belge), 17-2-1988, Journ. Trib. 88 p 268.

soit soulevé d'office ¹. Ils peuvent même s'essayer à des formulations générales, comme l'a fait en 1977 la Cour du travail de Bruxelles : « il est hors de doute que les droits de l'homme et les libertés fondamentales énumérées par la Convention de sauvegarde appartiennent à l'ordre public, et que toute convention privée qui y porterait atteinte serait entachée de nullité »².

Comme le montre cette dernière citation, le rattachement à l'ordre public n'est qu'une étape, un moyen ; ce n'est pas une fin en soi. Tout l'intérêt de la qualification réside dans les effets que le droit privé lui attache.

B- Intérêts du rattachement.

118- Le caractère d'ordre public des droits fondamentaux permet de solliciter des règles et des mécanismes éprouvés, dont le caractère opérationnel n'est plus à démontrer. En apparence, ils résolvent sans discussion aucune le conflit entre un acte juridique et le bloc de fondamentalité.

119- C'est l'article 6 du Code civil qui doit être cité en premier lieu : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (...) »³. Le terme de lois doit s'entendre dans son acception matérielle ; l'article désigne à la fois les normes constitutionnelles ⁴ ou conventionnelles ⁵ (qui font partie du bloc de légalité au sens large), et les règles formellement votées par le Parlement. Dès lors qu'elles consacrent des

¹ CE (belge) 26-6-1985 et 25-9-1986, cité par M. Melchior et L. de Greve, Rapport de la délégation belge, *in* Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, IX^e conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris, mai 1993, éd. Conseil Constitutionnel, 1994, p 145s, spéc. p 187.

² C. Trav. Bruxelles, 24-11-1977, Journal des tribunaux du travail 1978 p 63.

³ L'interdiction de déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs semble constituer le fondement privilégié par une part de la doctrine classique, dès lors qu'elle estime contraires à *la morale* les conventions ayant la liberté de l'homme pour objet. Ces auteurs reconnaissent cependant que « le respect de la morale rentre, à vrai dire, dans celui de l'ordre public » : M. Planiol, par G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, Obligations et droits réels, LGDJ, 1957, n° 110. Pour G. Marty et P. Raynaud (*Droit civil, les obligations*, t. 1, Les sources, Sirey, 2^e éd. 1988, n° 75s), les conventions portant atteinte aux droits de l'homme heurtent « l'ordre public moral ».

⁴ V. implicitement J.-P. Gridel (*Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^e éd. 1994, p 436), qui souligne la contrariété à l'ordre public (article 6 du Code civil) d'une stipulation « qui méconnaît le caractère et le régime d'un droit dont la consécration *constitutionnelle* est désormais indubitable » (l'auteur se prononce à propos du droit de se marier, mais ses propos sont généralisables).

⁵ Cf. M. Gégout, *op. cit.*, n° 11, qui y inclut ainsi le *Traité de Rome* du 25 mars 1957.

libertés fondamentales, elles sont d'ordre public, et s'affilient à la catégorie visée par l'article 6 du Code civil ¹.

L'interdiction de déroger à ces normes fournit une solution semble-t-il incontestable au problème qui nous retient, car « tout contrat dont l'objet est contraire à l'ordre public tombe nécessairement sous sa sanction, sans que le juge puisse l'écarter »². La présence de stipulations portant atteinte à des principes d'ordre public rend le contrat illicite ³. Au demeurant, la prohibition ne concerne pas que les contrats : même si l'article 6 du Code civil ne vise que les conventions, il s'applique plus généralement à tout acte juridique ⁴. Il édicte donc un principe général qui, en particulier, gouvernera jusqu'à l'établissement d'un règlement intérieur d'entreprise. C'est ce qui semble expliquer que certaines dispositions de la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs aient été jugées « superfétatoires » lors des débats ayant présidé à son adoption : « l'employeur est, de toute façon, soumis aux règles d'ordre public concernant les droits et les libertés des personnes (...), en aucun cas il ne peut y déroger »⁵.

Les vertus de la répétition expliquent néanmoins que l'article 6 du Code civil fasse parfois l'objet de transpositions dans le Code du travail. Ainsi, l'article L. 132-4 rappelle que les conventions et accords collectifs « ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public » des lois et règlements. On en a déduit que « les droits fondamentaux des personnes et les libertés civiles sont hors d'atteinte de la négociation collective »⁶.

120- Le caractère d'ordre public des droits fondamentaux permet d'aborder l'examen d'un acte juridique litigieux en termes plus conceptuels ayant la faveur de la doctrine. Il s'agit notamment de la notion d'indisponibilité ou de la théorie de la renonciation. Il est devenu

¹ A l'origine, l'article 6 interdisait de déroger « aux lois qui appartiennent au droit public ». Cette formule a été modifiée pour « de pures raisons de rédaction », ce qui montre à quel point droit public et ordre public étaient assimilés : B. Beignier, *Ordre public et compétence*, in *Mélanges L. Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p 99 (l'auteur renvoie à Fenet).

² Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 247.

³ J.-L. Aubert, *Le contrat*, éd. Dalloz, 1996, p 81. Cf. également Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, Economica, 4^e éd. 1998, n° 396.

⁴ M. Gégout, *op. cit.*, n° 33 ; J. Dabin, *La théorie de la cause* (Art. 1131-33 du Code civil), *Etude d'Histoire et de Jurisprudence*, Th. Liège, Bruxelles 1919, n° 339.

⁵ Ch. Millon, *JO Déb. Ass. Nationale*, compte rendu intégral, 15-5-1982, p 2194.

⁶ Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 193. Le Conseil d'Etat (avis du 22-3-1973, *Dr. social* 73 p 514 ; *Les grands avis du Conseil d'Etat*, éd. Dalloz, 1997, p 123, obs. G. Couturier) avait précisé que les « dispositions d'ordre public » visaient notamment les principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ainsi que les règles du droit international.

chose courante de soulever l'indisponibilité des libertés individuelles ¹, ou de souligner l'impossibilité pour l'individu de renoncer à ses droits fondamentaux ². Les libertés sont inaliénables ³, elles se situent hors du commerce juridique ⁴. Ces expressions finissent ici par devenir synonymes, peut-être en raison d'une justification identique, le rattachement des droits fondamentaux à l'ordre public. Ces différentes notions sont en effet conditionnées et bornées par l'ordre public. Elles y renvoient toutes ⁵.

121- S'agissant de l'*indisponibilité*, les articles 2059 et 2060 du Code civil illustrent parfaitement ce lien. Le premier autorise les parties à compromettre sur les droits « dont elles ont la libre disposition ». Le second le leur interdit dans toutes les matières « qui intéressent l'ordre public ». On en déduit bien que la disponibilité d'un droit s'arrête là où commence l'ordre public. Les libertés fondamentales appartenant à l'ordre public, elles sont indisponibles. En disposer reviendrait à déroger aux textes qui leur confèrent ce caractère d'ordre public.

S'agissant de la *renonciation*, l'analyse n'est guère différente. Renoncer au bénéfice d'une norme n'est qu'un mode particulier de dérogation à cette norme ⁶. Si dans la pureté des principes la renonciation se réalise par un acte unilatéral et abdicatif ⁷, elle résulte plus souvent en pratique d'un accord de volontés, auquel cas il est assez inutile de parler de renonciation, sauf à remarquer que la convention comporte un abandon de la part de l'une des

¹ A titre d'exemple, cf. D. Krajewski, *L'intuitus personae* dans les contrats, Th. Toulouse, 1998, n° 499 ; D. Thouvenin, La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain, *Justices* 5/2001, Hors-série au Dalloz du 24-5-2001 ; I. Vacarie, La renonciation du salarié, *Dr. social* 1990 p 757s, spéc. p 766.

² J. Schmidt-Szalewski, *op. cit.*, n° 195 et 200. Cf. déjà H. Capitant, n. sous Civ. 12-12-1921, D. 22, 1, p 153, qui retient qu'il n'est pas permis de renoncer aux droits directement attribués par la loi à l'individu, parmi lesquels on s'autorise à ranger les droits fondamentaux. Récemment, la Cour EDH a rappelé que l'Etat (turc en l'occurrence) avait l'obligation positive d'assurer à toute personne dépendant de sa juridiction de bénéficier pleinement, **et sans pouvoir y renoncer à l'avance**, des droits et libertés garantis par la Convention : Cour EDH 31-7-2001, *Parti de la prospérité et autres c/ Turquie*, § 69.

³ G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, LGDJ, 1971, n° 45.

⁴ Ph. Ardant, n. sous Cass. Ass. Plé. 19-5-1978, Dame Roy, D. 78 p 549 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, les obligations*, 2. Contrat, éd. Litec, 6° éd. 1998, n° 617s.

⁵ V. en particulier Ch. Jarrosson, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, RJCom 1996 p 1 : l'indisponibilité d'un droit « conduit, irrésistiblement, nécessairement, vers la notion d'ordre public ». Le raisonnement semble parfois circulaire. Cf. ainsi H. Capitant, n. précitée : « ce qu'on appelle droits d'ordre public, ce sont précisément ceux auxquels la loi interdit de renoncer ».

⁶ V. notamment G. Couturier, *Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975 chron. p 151 et 221, spéc. p 228.

⁷ P. Raynaud, *La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil*, RTDC 1936 p 763s, spéc. p 773 et 782. Par abdicatif, il faut comprendre que la personne se dépouille de l'une de ses prérogatives : F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ 1985, n° 31.

parties ¹. Dans ces conditions, le principe posé par l'article 6 du Code civil, et le caractère d'ordre public des droits fondamentaux, suffisent à vilipender l'acte juridique réalisant la prétendue renonciation. En fin de compte, il apparaît superflu de se laisser entraîner dans « l'embarrassant débat sur la validité de la renonciation à certains droits fondamentaux »².

122- Au total, les différents concepts maniés par la doctrine reposent étroitement sur l'ordre public, qui constitue la notion pivot ou si l'on préfère le « barrage général »³. Or il paraît indéniable que si cette notion « marque une limite, elle n'indique pas une direction »⁴. Dans l'affaire *Dame Roy* précitée, le premier avocat général s'est montré très lucide sur ce point : après avoir dégagé l'appartenance de la liberté matrimoniale à l'ordre public (du fait qu'elle consacre « un des droits fondamentaux de la personne humaine »), il précise que ce n'est pas ce caractère « qui fournit à lui seul la clé du problème »⁵.

123- Cela est particulièrement vrai si l'on retient une conception absolue de l'ordre public, si la validité d'un acte ayant osé pénétrer cette sphère est « affectée, systématiquement, par un tabou de l'objet »⁶. Il est facile de se persuader que tout acte juridique altère, certes plus ou moins, certaines valeurs protégées par l'ordre public, dès lors que tout ou presque est susceptible de se rattacher à une prérogative fondamentale. Or il est impensable d'annuler tous les actes juridiques ; l'autonomie de la volonté doit demeurer la règle, l'article 6 du Code civil l'exception. Puisque pris au pied de la lettre, le principe d'indisponibilité rend illicite le moindre acte ⁷, une vision radicale de l'ordre public apparaît totalement discréditée.

124- Il faut d'ailleurs remarquer qu'en certaines matières, les analyses "extrémistes" ont montré leurs failles. Une conception stricte du principe d'indisponibilité du corps humain

¹ J.-D. Bredin, Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé français, in *Travaux H. Capitant*, t. XIII, Les renoncements au bénéfice de la loi, Journées françaises, Dalloz, 1963, p 355s, spéc. p 362 et 371.

² D. Gutmann, Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?, in *Mélanges F. Terré*, éd. Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p 329s, spéc. p 336, qui relève à propos de la dignité que la controverse sur sa renonciation importe peu dès lors que le partenaire contractuel qui en bénéficie est assurément soumis au respect des droits fondamentaux d'autrui.

³ L.J. Hijmans Van Den Bergh, Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé néerlandais, in *Travaux Capitant* précités, p 313s, spéc. p 319. Cf. aussi R. Seillan, L'acte abdicatif, RTDC 1966 p 686 : la qualification de droit d'ordre public constitue « le critère de l'illicéité de l'objet de l'abdication ».

⁴ J. Rivero, Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ?, D. 1947, chron. p 69.

⁵ R. Schmelck, concl. sur Cass. Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 544 *in fine*.

⁶ Selon l'expression de Cl. Lombois, La personne, corps et âme, in *La personne humaine, sujet de droit*, 4^e Journées R. Savatier, Poitiers 25/6-3-1993, PUF 1994, p 57s, spéc. p 67.

⁷ En ce sens B. Beignier, L'ordre public et les personnes, in Th. Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p 13s, spéc. p 18.

n'est ainsi aujourd'hui plus défendable ¹, sauf à s'enfermer dans « un idéalisme bien aveugle »². Le pragmatisme l'a emporté, la lucidité face aux enjeux économiques également. Il serait inconcevable d'interdire *a priori* la plupart des pratiques médicales nouvelles. De fait, « la mise hors commerce du corps apparaît au juge inadaptée dès l'instant où il l'énonce »³. Au reste, ce n'est pas seulement le droit à l'intégrité de son corps qui est concerné : la plupart des droits fondamentaux s'accordent mal d'une vision absolue de l'ordre public qui les caractérise.

Par exemple, une analyse de l'ordre public qui se voudrait sans concession ne permet pas d'expliquer pourquoi, selon une formule des juridictions belges, « le caractère **d'ordre public** des garanties de l'article 6 de la CEDH ne s'oppose pas à ce que les parties **renoncent** à ces garanties par un compromis arbitral »⁴. De même, comment notre Cour de cassation peut-elle à la fois énoncer, au visa de l'article 6 du Code civil, que « nul ne peut renoncer par avance au droit de voir sa cause jugée par un tribunal indépendant et impartial », et valider une clause compromissoire ⁵ ? Faut-il en déduire, à regret, que nos outils de base et les théories bâties par la doctrine ne résolvent en rien la question étudiée et rendent même les solutions positives incompréhensibles ? Non, il convient simplement d'affiner les principes jusque-là dégagés.

125- S'agissant de l'article 6 du Code civil, il faut ainsi cesser d'y voir une technique de solution toute faite, apte à régler instantanément tous les conflits, par une sanction radicale de tout acte ayant heurté le bloc de fundamentalité. C'est ici un retour au texte qui s'impose : il est interdit de « déroger » aux lois d'ordre public. Cela n'interdit nullement d'intervenir dans les matières qui intéressent l'ordre public ⁶. Cette distinction est très classique dans le droit de

¹ En matière de maternité de substitution, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a certes jugé que ce type de convention contrevenait au « principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », ce qui ne paraît guère inviter à des distinctions. Le rapport du conseiller Y. Chartier évoque néanmoins certaines conventions licites ayant le corps pour objet, tout en précisant que ces dérogations au principe d'indisponibilité « ne sont pas du même ordre » que celles qu'impliquent les contrats de mère porteuse : Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, D. 91 p 417, rapp. Y. Chartier, n. D. Thouvenin.

² C. Labrusse-Riou, De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 499.

³ I. Couturier, Remarques sur quelques choses hors du commerce, LPA 6 et 13 septembre 1993.

⁴ Bruxelles, 4-10-1993, RTDH 94 p 605 obs. L. Goffin.

⁵ Civ. 2°, 24-2-1988, pourvoi n° 86-17. 237. Modifié par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, l'article 2061 du Code civil consacre désormais, « sous réserve des dispositions législatives particulières », la validité de principe des clauses compromissoires « dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle » (*cf.* sur le sujet Ch. Jarrosson, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP 2001, I, 333).

⁶ En ce sens P. Level, L'arbitrabilité, Rev. de l'arbitrage 1992 p 213s, spéc. p 235.

l'arbitrage : la nullité d'un compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais du fait que l'ordre public a été violé¹. Il n'y a dérogation au sens de l'article 6 que lorsqu'il y a violation. Il ne faut donc pas stigmatiser systématiquement tout acte relatif aux droits fondamentaux d'ordre public. C'était un peu le principe qui figurait dans l'avant-projet de réforme du Code civil : « toute limitation volontaire apportée à l'exercice des droits de la personnalité est nulle **si [et seulement si] elle est contraire à l'ordre public** »².

Il existe ainsi des hypothèses où l'ordre public est assurément investi, mais où il n'est pas violé. L'ordre public n'affectant pas les droits fondamentaux de manière homogène, les solutions ne sauraient être aussi tranchées qu'on aurait pu l'affirmer³. Le caractère d'ordre public des libertés doit être relativisé⁴ ; tout n'est pas indérogeable dans un droit fondamental.

§ II : L'ordre public est toujours relatif.

126- L'ordre public est relatif dans le temps : la conception de l'illicéité n'est pas immuable et tend à modifier le contenu de l'ordre public⁵. Ce n'est pas de cette relativité qu'il s'agit ici⁶. Le propos est de montrer que qualifier les droits fondamentaux "d'ordre public" procède en réalité d'une approximation, d'un raccourci de langage. Ce rattachement doit être relativisé, assoupli. Comme on l'a relevé en particulier pour le droit de propriété, « il

¹ Paris, 15-6-1956 (deux arrêts), D. 57 p 587 n. J. Robert. Cf. déjà, Com. 29-11-1950, S. 51 p 120 n. J. Robert.

² Cf. A. Colin et H. Capitant, par L. Julliot de la Morandière, Traité de droit civil, t. 1, Introduction générale, institutions civiles et judiciaires, personnes et famille, Dalloz, 1957, n° 585.

³ V. en particulier Ph. Ardant, n. sous Cass. Ass. Plé. 19-5-1978, précité (D. 78 p 549), qui opte indéfectiblement pour une conception absolue de l'ordre public caractérisant les libertés publiques.

⁴ Cf. E. Garaud, La violation d'un droit fondamental, in Lamy Droit du contrat, 1999, n° 245-69 : la plupart des droits fondamentaux ne ressortissent pas d'un ordre public absolu, auquel les volontés privées se heurteraient irrémédiablement, mais d'un ordre public relatif. S'agissant par exemple de la liberté du travail et de la liberté d'entreprendre, v. dans le même sens Cl. Champaud, Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler), RJCom 1986 p 161s, spéc. p 164.

⁵ I. Couturier, *op. cit.*, *loc. cit.* En outre, selon Ph. Malaurie (n. sous Soc. 18-3-1955, D. 56 p 517), l'ordre public « varie avec la longueur des pieds des magistrats »... De manière générale, v. J. Ghestin, L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français, in Les notions à contenu variable en droit, éd. Bruylant Bruxelles, 1984, p 77.

⁶ Il ne s'agit pas non plus de désigner la relativité de l'ordre public en droit international privé en référence à son effet dit atténué, qui ne s'oppose pas à l'effet en France de situations créées à l'étranger (P. Lagarde, Rép. droit international, V° Ordre public, 1998, n° 23s).

y a dans ce droit subjectif à la fois du disponible et de l'indisponible »¹. Ce constat n'est pas le moindre des paradoxes. Alors qu'une conception restrictive de l'ordre public a vécu, que les valeurs protégées par le droit sont sans cesse plus nombreuses, notamment sous la pression des revendications², l'augmentation du champ de la protection n'implique aucunement l'optimisation de l'intensité de cette protection. Le réalisme impose une certaine mesure. Seule la substance des droits fondamentaux étant indérogeable (**A-**), l'ordre public ne prohibe pas une certaine altération de ces droits (**B-**).

A- Seule la substance des droits fondamentaux est indérogeable.

127- L'occasion a déjà été donnée de souligner que seule la substance des droits fondamentaux devait être absolument préservée. Le fondement juridique de cette affirmation peut être trouvé dans la théorie de l'ordre public, l'explication résidant dans le fait que seule la substance des libertés est indérogeable.

Cette analyse peut s'appuyer sur les principes mis en évidence dans la thèse de M. Malaurie. L'auteur a montré que la détermination de l'ordre public se fait en deux étapes. D'abord, rechercher les institutions fondamentales, indispensables, principales. Ensuite, dégager pour chacune d'entre elles ce qui s'avère essentiel à son bon fonctionnement et qui doit donc demeurer intangible³. Il s'agit d'appliquer ce mode de raisonnement à notre matière. Les droits fondamentaux, qui franchissent par nature la première étape, doivent donc se soumettre au filtre de la seconde. Au résultat, seule leur substance se voit ainsi parée de la protection absolue de l'ordre public, ce qui conduit à nuancer les automatismes classiquement appliqués à la matière.

128- Il est saisissant de constater que cette analyse se rencontre sous la plume de divers auteurs, dans des études qui n'avaient pas les droits fondamentaux pour objet principal, un

¹ A. Benet, Analyse critique du "droit" au respect de la vie privée, contribution à l'étude des libertés civiles, Th. Paris II, 1985, p 365. La remarque n'est pas propre au droit de propriété et vaut également, par exemple, pour le droit au nom ; cf. G. Loiseau, Le nom objet d'un contrat, LGDJ 1997, n° 158 : « la volonté du sujet trouve assurément une place en dépit de l'indisponibilité théorique du droit ».

² Cf. le brocard de F. Terré : « pourquoi pas le droit au soleil ou, si l'on craint le bronzage, le droit à la pluie ? » (Sur la notion de droits et libertés fondamentaux, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 5° éd. 1999, n° 5). Egalement P. Fraisseix, qui évoque les « droits fondamentaux extorqués par des groupes minoritaires activistes » (Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturations des droits de l'homme ?, RDP 2001 p 531s, spéc. p 542).

³ Ph. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.), éd. Matot-Braine, 1953, n° 167, 179 et 200.

peu comme s'il s'agissait d'une donnée transversale, occasionnellement utilisée afin d'étayer telle ou telle argumentation. On y verra le signe qu'il ne s'agit pas d'une règle préfabriquée.

Plusieurs formules peuvent ainsi être extraites de leur contexte et lues dans une perspective centrée sur les libertés fondamentales. En 1821, Hegel écrit ainsi que « sont inaliénables (...) les déterminations *substantielles* qui constituent ma propre personne »¹. Hobbes avait déjà qualifié d'inaliénable la racine des libertés, en ce qu'elle est inséparable de l'être humain ². Plus juridiquement, le Doyen Savatier a pu évoquer la tâche de la jurisprudence de déterminer « le réduit des droits de la personne, inaliénable et insusceptible de renonciation »³. M. Aliprantis se montre encore plus explicite : « le noyau des libertés – et uniquement lui – constitue une norme impérative et spécialement d'ordre public »⁴. M. Chalaron va dans le même sens : « l'ordre public n'affecte, lorsqu'il s'agit de libertés, qu'un noyau intangible (...) »⁵.

129- Il convient de bien préciser que c'est au sein de chaque droit qu'il faut rechercher ce noyau. Il ne s'agit donc pas d'opérer un tri parmi les libertés fondamentales afin d'en dégager certaines prétendument plus essentielles que d'autres. Cette démarche a pourtant été adoptée par Maritain, qui distingue ainsi les « droits substantiellement inaliénables » et les « droits absolument inaliénables ». Il est difficile d'adhérer à cette classification car si l'auteur indique que les premiers sont susceptibles de restriction, il admet également que les seconds peuvent faire l'objet de limitations ⁶. En revanche, l'expression « droits substantiellement inaliénables » est très séduisante. Elle convient parfaitement pour préciser le rattachement des droits fondamentaux à l'ordre public et pour en dégager la véritable portée : ces droits ne sont inaliénables qu'en ce qui concerne leur substance. C'est seulement cet élément que l'ordre public protège jalousement.

130- Il est tentant de reconnaître un tel principe dans certaines formules de la doctrine classique, comme celle énonçant que seuls les actes « portant des atteintes graves et

¹ G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 66, trad. A. Kaan, Gallimard, 1966, p 108. Les droits fondamentaux, inhérents à la personne humaine, peuvent être classés dans ces "déterminations".

² Lors de la cession des droits accompagnant le contrat social, les citoyens ne pouvaient donc abdiquer *toute* leur liberté : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Cours d'histoire de la philosophie du droit, éd. Montchrestien, 4^e éd. 1975, p 666.

³ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, 3^e série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, 1959, n^o 346 bis.

⁴ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p 100.

⁵ Y. Chalaron, *op. cit.*, n^o 196.

⁶ J. Maritain, *L'homme et l'Etat*, 2^e éd. 1965, p 93s.

définitives aux libertés fondamentales » sont contraires à l'ordre public ¹. Dans de telles circonstances, la substance de celles-ci semble en effet atteinte, ce qui explique la réaction de l'ordre public. De même le droit anglais, qui ne rend inefficaces que les contrats « impliquant une restriction trop sévère sur un droit inaliénable ou une liberté »², s'inscrit manifestement dans la perspective décrite. L'ordre public intervient uniquement pour sanctionner les atteintes insupportables qui lui sont infligées. Ne sont visées que celles qui se révèlent absolument contraires au but essentiel de la règle d'ordre public ³.

Ces principes s'adaptent à telle ou telle liberté considérée. S'agissant des conventions de mécénat déjà évoquées, et qui restreignent la liberté créatrice de l'artiste, il est désormais plus facile de comprendre pourquoi doivent être uniquement sanctionnés les accords « qui ont pour conséquence d'anéantir cette liberté, **l'ordre public étant alors en cause** »⁴. Ce dernier déploie son caractère prohibitif dès lors que la substance de la liberté est atteinte. Appliqué au droit de chacun au respect de son intégrité physique, ce principe permet de soutenir que s'agissant d'une transplantation d'organe, le degré de gravité du prélèvement constitue « un élément pour savoir s'il est ou non contraire à l'ordre public »⁵. Le généreux donneur ne saurait y laisser la vie ⁶.

En définitive, il apparaît que les règles protégeant les droits fondamentaux ne sont absolument indérogeables que dans la mesure où elles protègent la substance de ces derniers. Même s'il est sans doute excessif de retenir que tant que ce noyau d'ordre public n'est pas entamé, ces règles peuvent être considérées comme simplement dispositives ⁷, il est certain que les particuliers peuvent organiser une certaine altération des droits fondamentaux.

¹ A. Colin et H. Capitant, par L. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, *loc. cit.*

² J.A. Jolowicz (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*

³ M. Gégout, *op. cit.*, n° 68.

⁴ P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Th. Paris II, 1985, p 201.

⁵ Charaf El Dine, *Droit de la transplantation d'organes, étude comparative*, Th. Paris II, 1975, n° 292.

⁶ Plus généralement, lorsqu'un acte de disposition portant sur un élément du corps fait courir un risque pour la vie, il ne peut être valable car « c'est l'ordre public qui est en cause » : F. Chabas, *Le corps humain et les actes juridiques en droit français*, in *Travaux H. Capitant, Journées belges*, éd. Dalloz, 1975, t. XXVI, p 225s, spéc. p 230 et 231.

⁷ Cf. N. Aliprantis, *op. cit.*, p 148, qui retient une telle analyse s'agissant du droit de grève garanti par le Préambule de 1946. Compte tenu de leur rang (cf. *supra* n° 20s), les normes fondamentales envisagées ne sauraient pourtant subir des atteintes qu'à certaines conditions (cf. *infra* n° 186s).

B- Une certaine altération des droits fondamentaux demeure possible.

131- Le caractère d'ordre public des droits fondamentaux ne constitue pas, en tant que tel, un obstacle dirimant à l'activité juridique. Les particuliers investissant cette enceinte conservent une marge de manœuvre, étroite certes, puisque le terrain est en quelque sorte miné, mais certaine. Dans le cas d'une relation contractuelle inégalitaire, tout l'art de la partie forte consistera à exiger de l'autre partie un abandon de ses droits et libertés aussi important que l'utilité s'en fait ressentir, en se gardant toutefois d'aller jusqu'à solliciter un abandon substantiel. Par exemple, une clause peut restreindre un délai de prescription tant qu'elle n'aboutit pas « en fait, à supprimer toute possibilité matérielle d'action (...) »¹. La commission des clauses abusives pourchasse en ce sens les dispositions limitant les délais de réclamation à un point tel que le consommateur perd en pratique toute garantie contre le professionnel².

Sur un plan idéologique, et en se plaçant du côté de la partie faible, une certaine latitude quant à la disponibilité des droits fondamentaux peut se concevoir. Comme le souligne M. Ardant, « qu'elle serait curieuse et même paradoxale cette conception d'une liberté à laquelle on ne serait pas libre de renoncer »³. Encore convient-il de s'entendre sur les mots : il ne s'agit pas d'admettre qu'un individu, plus ou moins dans le besoin, se dépouille d'un droit en tant que tel, en abandonne la capacité de jouissance⁴. Juridiquement, et même si la distinction peut paraître formelle, il faut simplement admettre comme « parfaitement plausible », « une renonciation du sujet à *faire valoir la protection* de tel ou tel aspect de sa personnalité »⁵. Surtout, cette renonciation se heurtera quant à son étendue à une impossibilité de principe dictée par l'ordre public : porter sur la substance du droit, cette « norme minimale

¹ L. Cadiet, *Clauses relatives aux litiges*, Juris-Classeur Contrats Distribution, Fasc. 190, 1998, n° 33.

² P. Jourdain, *La doctrine de la Commission*, in *Les vingt ans de la Commission des clauses abusives*, Actes de la journée de Chambéry du 29-5-1998, *Rev. Conc. et Consommation* 9-10/1998, p 23s, spéc. p 29. Cf. en particulier la Recommandation 85-04 (BOCC 6-12-1985) sur les contrats multirisques habitation.

³ Ph. Ardant, n. sous Cass. Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 549.

⁴ Cf. D. Tallon, *Rép. civ.*, V° Droits de la personnalité, 1996, n° 160, qui parle de l'indisponibilité du droit lui-même. Dans le même sens : C. Labrusse-Riou, *Droit de la personnalité et de la famille*, in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Seuil, 1996, p 269s, spéc. p 284.

⁵ G. Goubeaux, *Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 286. Dans le même sens, B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Litec, 3° éd. 1998, n° 50. Ces auteurs traitent en l'occurrence des droits de la personnalité. Pour une affirmation générale : Y. Seillan, art. précité, spéc. p 592, pour qui « abdiquer un droit et promettre de ne pas l'exercer sont deux choses différentes ». Pour une application particulière, v. J. Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, 1978, n° 388 : un modèle professionnel n'aliène ni ne renonce à aucun droit, il manifeste seulement la volonté de ne pas exercer son droit de s'opposer à la reproduction de son effigie.

intangibles »¹. L'aliénation ne saurait jamais être trop complète². L'individu doit conserver la disposition des quelques éléments composant le noyau de la liberté entamée³.

132- Il reste qu'un acte juridique va donc pouvoir attenter ponctuellement aux droits fondamentaux d'ordre public. Il y aura ainsi deux poids, deux mesures, selon que l'atteinte aux libertés sera définitive, générale, ou bien provisoire et limitée⁴. Il ne faut voir dans ce dernier cas aucune incompatibilité avec le caractère d'ordre public du texte garantissant le droit envisagé. C'est bien ainsi qu'il faut lire une décision de la Commission européenne des droits de l'homme de 1962, qui décide que « la conclusion d'un compromis d'arbitrage entre particuliers s'analyse juridiquement en une renonciation **partielle** à l'exercice des droits que définit l'article 6, § 1, de la Convention et que rien dans le texte de cet article ni d'aucun autre article de la Convention, n'interdit expressément pareille renonciation »⁵. La Cour a confirmé cette analyse dans son arrêt *Deweere* de 1980⁶.

Pour certains, ce type de renonciation n'a trouvé grâce aux yeux des instances européennes que parce qu'il ne porte pas « sur le fond du droit »⁷, mais sur son exercice. La distinction peut paraître subtile, théorique. Il est possible de l'envisager selon l'approche dégagée : la renonciation n'est pas substantielle, elle n'est que partielle, et surtout temporaire. En effet, lorsque les parties n'auront pas renoncé à l'appel ou l'auront expressément réservé, l'appel interjeté contre la sentence arbitrale réintègrera le litige dans l'orbite des juridictions

¹ J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 1994, vol. 1, p 465.

² P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, Th. Dijon, 1978, n° 163. Là encore, l'auteur ne se prononçait qu'à l'égard des droits de la personnalité. Son analyse mérite cependant d'être transposée. Cf. également M. Contamine-Raynaud, *Le secret de la vie privée*, in Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, 1978, p 401s, spéc. p 413 : « une personne ne saurait renoncer de manière totale et définitive à sa vie privée car une telle renonciation serait de toute évidence contraire à l'ordre public ».

³ Cf. N. Aliprantis, *op. cit.*, p 147, toujours à propos du droit de grève.

⁴ *Contra* : Ph. Ardant, n. précitée, qui considère comme frappée d'une nullité d'ordre public toute renonciation aux libertés, même limitée ou provisoire.

⁵ Com. EDH, 5-3-1962, X. c/ R.F.A., Ann. V p 88 ; DR 8 p 68. Il s'agissait plus précisément d'une clause compromissoire. Aucune contrainte n'avait entaché sa signature, de sorte que la renonciation était *libre*. Sur le thème, cf. notamment P. Lambert, *Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges J. Velu*, t. 2, Bruylant Bruxelles, 1992, p 1281. Egalement O. Jacot-Guillarmod, *L'arbitrage privé face à l'article 6, § 1 de la CEDH*, in *Mélanges G.J. Wiarda*, éd. C. Heymanns Verlag KF, 1988, p 294.

⁶ Cour EDH, 27-2-1980, *Deweere c/ Belgique*, spéc. § 25 et 49, JDI 82 p 197 n. P. Rolland, CDE 82 p 196 n. G. Cohen-Jonathan. En l'espèce, la renonciation au droit à un tribunal était entachée de contrainte, et partant, l'article 6 était violé.

⁷ W.J. Ganshof Van Der Meersch, *La CEDH a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ?*, in colloque précité, p 237 et 238. De même, lorsque la Cour EDH énonce que les individus ne peuvent renoncer à l'avance aux droits et libertés garantis par la Convention (Cour EDH 31-7-2001, *Parti de la prospérité et autres c/ Turquie*, § 69, précité), il faut comprendre qu'il est interdit de renoncer au droit lui-même.

étatiques ¹, de sorte que l'atteinte au droit à un tribunal et à la publicité des débats n'aura été que momentanée. Cela peut expliquer que "l'ordre public ferme les yeux".

¹ Ch. Jarrosson, L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. de l'arbitrage 1989 p 573s, spéc. p 587. En outre, la sentence peut toujours, nonobstant toute clause contraire, faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel afin de faire sanctionner, notamment, la violation d'une règle d'ordre public.

Conclusion du Chapitre I.

133- Il apparaît désormais clairement que l'argument fondé sur l'ordre public caractérisant les textes énonçant des droits fondamentaux ne saurait constituer une solution toute faite pour se prononcer sur les actes juridiques ayant investi le bloc de fundamentalité. L'analyse est en effet trop schématique. Se demander en particulier si l'on peut renoncer efficacement à se prévaloir de la CEDH mène le plus souvent à une voie sans issue¹, car la seule présence d'une règle impérative ne suffit pas pour interdire par exemple une transaction entre particuliers².

Retenir une conception absolue des libertés conduit également à une impasse³, même si une partie de la doctrine semble encore feindre de l'ignorer⁴. Il faut dire que l'absolutisme est ici plein de bonnes intentions⁵. Il procède pourtant d'un manichéisme excessif, révélateur du "prêt-à-penser" qui domine la matière⁶.

Le temps n'est plus en effet « à la radicalité des solutions », mais « à la combinaison d'impératifs complémentaires, à la conciliation des fondements »⁷. Et s'il faut certes se garder

¹ V. en ce sens B. Vareille (L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme, D. 2000 chron. p 626), qui conclut que l'on aboutit à « un écheveau inextricable ». Il faut dire que parler de renonciation ne résout rien car cette qualification déclenche aussitôt la question de savoir si cette renonciation est licite (v. ainsi Cour EDH 25-2-1992, Pfeifer c/ Autriche, § 37 : la renonciation à un droit garanti par la Convention doit être licite).

² X. Lagarde, Transaction et ordre public, D. 2000 chron. p 217. Cela n'interdit pas non plus qu'intervienne à Strasbourg un règlement amiable entre un Etat et une victime (sous le contrôle de la Cour EDH en vertu de l'article 38, § 1, b, de la Convention : v. T. Opsahl, Règlement amiable des litiges dans le respect des droits définis par la CEDH, in Actes du 6^o colloque international sur la CEDH, Séville, 1985, éd. Nijhoff, 1988, p 967), même si la doctrine y voit moins une transaction sur les droits garantis qu'une transaction sur la compensation du préjudice subi : G. Scoffoni, in L. Favoreu (coord.), Droit des libertés fondamentales, éd. Dalloz, 2000, n^o 505.

³ En outre, « l'absolutisation » d'un droit est elle-même, par nature, contraire aux grands principes de la Constitution : L. Hamon, cité in L. Favoreu (coord.), Droit constitutionnel, Dalloz, 2^e éd. 1999, n^o 1303.

⁴ V. d'une certaine manière Y. Lequette (Le droit international et les droits fondamentaux, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 6^e éd. 2000, p 95s, spéc. n^o 189), qui écrit que les droits fondamentaux évoquent l'idée d'absolu. Cf. surtout J. Hersch (Les fondements des droits de l'homme dans la conscience individuelle, in 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 79s, spéc. p 83) : selon cet auteur, il n'y aurait d'issue pour les droits de l'homme « que du côté de l'absolu : ils s'imposent inconditionnellement ou pas du tout. Ils de fondent sur un absolu ou ils n'ont pas de sens ».

⁵ On a en effet souligné que la relativisation des droits fondamentaux était à l'origine, « par le truchement de bien des méditations, de certains traits dominants du national-socialisme » (v. G. Haarscher, Les droits de l'homme, notion à contenu variable, in Les notions à contenu variable en droit, éd. Bruylant Bruxelles, 1984, p 329). C'est une explication du parti pris en faveur du caractère absolu des libertés.

⁶ En ce sens, à propos de l'absolutisme qui surgit dès qu'il est question de protéger la personnalité : Ch. Bigot, Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D. 1998, chron. p 235.

⁷ C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDC 1997 p 357s, spéc. p 385.

de sombrer dans un relativisme des plus intransigeants ¹, qui dévaloriserait les droits fondamentaux, il ne saurait être question d'éluder une analyse au cas par cas des atteintes qui leur sont portées. Dans cette entreprise, il paraît bienvenu de s'inspirer des solutions pragmatiques existantes.

¹ Selon l'expression de X. Dieux, Vers un droit "post-moderne" ? (quelques impressions sceptiques), *in* Mélanges J. Velu, t. 1, Bruylant Bruxelles, 1992, p 39s, spéc. p 48.

Chapitre II : Des approches pragmatiques instructives.

134- Il faut le rappeler, les deux sources principales de droits fondamentaux résident dans les normes constitutionnelles et européennes ¹. Naturellement, ces deux types de normes sont maniés avant tout par le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme qui, sans disposer du monopole de l'interprétation, ont cette rude tâche pour lot quotidien. La méthode déployée par ces deux formations face aux atteintes portées à leurs normes de référence paraît en ce sens particulièrement éclairante. Ce sont en quelque sorte des spécialistes dans leur matière, le juge interne des relations privées apparaissant à l'opposé comme un élève, qui a beaucoup à apprendre. Ce statut du juge ordinaire n'a rien d'infamant, alors surtout qu'il ne repose sur aucune contrainte juridique directe. Le juge judiciaire peut bénéficier, sur la base du volontariat, des leçons dispensées par le Conseil Constitutionnel et la Cour EDH.

135- En la matière, l'éclairage peut également venir de deux autres juges. Il s'agit d'abord du juge administratif qui, dans l'exercice de sa compétence ², peut être conduit à se prononcer sur des atteintes aux droits fondamentaux constitutionnels ou européens, ou à tout le moins sur des atteintes à des libertés qu'il qualifie de principes généraux du droit, mais qui correspondent, quant au contenu, aux droits fondamentaux précités. Un dernier juge de référence siège à Luxembourg : la Cour de justice des Communautés européennes. Comme les autres juridictions, elle veille au respect de prérogatives fondamentales, n'hésitant pas à s'inspirer des normes constitutionnelles des Etats membres ou de la CEDH pour choisir les droits et libertés qu'elle érige en principes généraux du droit communautaire.

136- Les sources d'exemples sont donc diverses. Leur intérêt provient de la concordance manifeste des solutions qui s'en dégagent. Non seulement la protection issue des différentes normes tend à l'uniformisation sous l'impulsion de leurs interprètes ³, non

¹ Ces normes, dont la suprématie hiérarchique sur les actes juridiques privés est manifeste, bénéficient largement de l'effet direct et horizontal. En ce qui concerne la source européenne, sa sanction supranationale explique en grande partie son poids en droit interne (*cf. supra* n° 33).

² Le contentieux qui en découle intéresse majoritairement le droit public, mais il concerne parfois des actes juridiques privés (contrôle du règlement intérieur des entreprises privées notamment – *cf. infra* n° 151–).

³ S'agissant des normes constitutionnelles et européennes, *cf.* R. Badinter et B. Genevois, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport à la VIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara, 7/10-5-1990, RFDA 1990 p 315s, spéc. p 335 : « au niveau du Conseil Constitutionnel, il est tenu compte de la jurisprudence dégagée par la Commission et la Cour Européenne des droits de l'homme ». *Cf.* également J. Chevallier, L'Etat de droit, éd. Montchrestien, 2^o éd. 1994, p 113, qui note qu'entre la jurisprudence du CC et celle de la Cour EDH, « la conception des droits est devenue très proche ».

seulement les différents juges ne dédaignent pas solliciter les normes traditionnellement confiées aux lumières d'une autre juridiction, mais surtout, les critères utilisés par chaque juge pour apprécier la validité d'une atteinte portée à son bloc de fundamentalité paraissent relativement identiques¹. Il est possible de déceler une démarche commune, qui sera illustrée par l'étude des méthodes mises au point par les juges administratif et constitutionnel d'une part (**Section 1°**), et par les juges européen et communautaire d'autre part (**Section 2°**).

Section 1° : Enseignements des méthodes utilisées par les juges administratif et constitutionnel.

137- L'analyse des solutions retenues par les juges du droit public ne doit pas être ignorée au prétexte que l'étude porte sur les actes juridiques privés. La matière des droits fondamentaux, traditionnellement publiciste, commande une telle observation en "terrain étranger". Cet écart se justifie d'autant plus si l'on adopte la vision de M. Starck pour qui, envisagée sérieusement, l'efficacité horizontale des droits fondamentaux « étend *le régime du droit public* aux relations entre sujets de droit privé »². Les solutions traditionnellement cantonnées au droit public (§ I) gagnent ainsi logiquement le droit privé (§ II).

§ I : Des solutions traditionnellement cantonnées au droit public.

Historiquement parlant, la juridiction administrative a une expérience beaucoup plus ancienne que le Conseil Constitutionnel en termes de préservation des libertés fondamentales contre les agressions d'origine étatique.

¹ Sur les convergences des jurisprudences constitutionnelle et européenne, cf. J. Chevallier, *op. cit., loc. cit.*, qui relève que les techniques de contrôle sont similaires. A l'instar de ce qu'un auteur a écrit à propos des différentes Cours Constitutionnelles de la planète, on assiste à un rapprochement des raisonnements utilisés, même dans les cas où les solutions retenues par les juges sont opposées (M. Rosenfeld, Pour la Cour suprême, comparaison n'est pas déraison, Le Monde 26-7-1997).

² Ch. Starck, La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux, RDP 1988 p 1263s, spéc. p 1283. Cf. également I. Meyrat, Droits fondamentaux et droit du travail, Th. Paris X, 1998, p 202, qui précise que le concept de droits fondamentaux emporte avec lui « la mise en œuvre d'un arsenal conceptuel ».

A- Méthode du juge administratif face aux atteintes aux droits fondamentaux commises par l'autorité publique.

138- C'est principalement en tant que juge de la légalité des actes de police administrative que le Conseil d'Etat est conduit à veiller à la protection des libertés publiques des particuliers. La méthode qu'il a dégagée est parfois utilisée en d'autres domaines.

Les mesures prises par l'autorité de police administrative tendent à la sauvegarde de l'ordre public, ce qui implique *de facto* la limitation de certaines libertés fondamentales dont l'exercice pourrait troubler cet ordre. Selon quel raisonnement la juridiction administrative apprécie-t-elle la légalité de ces atteintes portées aux droits fondamentaux ?

139- Le premier test auquel est soumise la mesure consiste dans le contrôle du motif ayant présidé à son adoption. Une liberté ne peut faire l'objet de limitation que si son exercice risque de troubler l'ordre public (sécurité, tranquillité et salubrité publiques). La menace de trouble doit être assez grave pour justifier une mesure. Il ne s'agit donc pas à ce stade d'étudier la mesure prise mais de vérifier si, *dans son principe*, **une** mesure était justifiée.

140- Le deuxième test est sans conteste le plus difficile à manier, car il peut conduire à des appréciations divergentes. La question est de savoir si, une fois admise la nécessité de principe d'**une** mesure, l'autorité de police a bien adopté **la** mesure qu'exigeaient les circonstances de fait. Cette vérification se fait à l'aune du principe de proportionnalité¹ : n'existait-il pas une mesure moins restrictive des libertés et tout aussi efficace quant à la préservation de l'ordre public ? Il s'agit de satisfaire à un principe d'économie des sujétions imposées, d'interdire les mesures trop générales² et donc superflues. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *Benjamin* de 1933. René Benjamin, connu pour son hostilité à l'égard des enseignants publics, avait été invité à donner une conférence sur Courteline et Sacha Guitry à l'occasion des galas littéraires organisés par le syndicat d'initiative de Nevers. Une telle manifestation pouvait certes créer des troubles à l'ordre public, mais cette éventualité ne présentait pas un degré de gravité tel que le maire n'ait pu, « sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre »³. En somme, il y avait place pour une réaction moins drastique de l'autorité publique⁴, c'est-à-dire

¹ Cf. J.-P. Costa, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, AJDA 1988 p 434.

² En ce sens J.M. Auby, n. sous CE 1-2-1980, Peintures Corona, RDP 80 p 1717s, spéc. p 1724.

³ CE 19-5-1933, Benjamin, S. 34, 3, 1, concl. Michel, n. A. Mestre.

⁴ « La police ne doit pas employer des canons pour tirer sur les moineaux » : F. Fleiner, cité par M. Fromont, Le principe de proportionnalité, AJDA 1995, numéro spécial "Le droit administratif", p 156.

moins attentatoire aux libertés d'expression et de réunion. Toute la mission du juge consiste à superviser « l'ajustement de la décision aux circonstances qui la motivent »¹.

141- Le contrôle de proportionnalité (ou d'adéquation) se mue parfois en véritable bilan coûts-avantages. Ainsi, face à une mesure de police intimant à certains poids lourds l'ordre de contourner une commune, le juge administratif peut considérer que c'est au prix d'un allongement raisonnable de la distance, de sorte qu'il n'existe pas de disproportion entre la décision prise et les inconvénients qu'elle vise à éviter². La technique est encore plus frappante dans un arrêt ayant jugé légal le décret du 28 juin 1973 imposant le port de la ceinture de sécurité. Pour avaliser cette mesure motivée par la réduction des conséquences des accidents de la route³, le Conseil d'Etat aurait pu relever qu'il n'existait pas de contraintes moins attentatoires à la liberté individuelle et aussi efficaces pour la satisfaction du but poursuivi. Il préfère retenir qu'il n'apparaît pas « que les risques d'aggravation des conséquences de certains accidents que le port de la ceinture pourrait entraîner dans des cas exceptionnels soient excessifs au regard de l'amélioration globale de la sécurité des occupants des voitures particulières qui pouvait être attendue de cette mesure »⁴. La démarche conduit finalement à vérifier si la règle édictée est « plus avantageuse que nuisible »⁵.

142- Le troisième test que l'on peut dégager n'est pas réellement mis en œuvre par le juge. Il correspond plus à un principe qui s'est dégagé au fil des applications des deux critères précédents et qui permet de vérifier, au bout du compte, si l'atteinte aux libertés est acceptable. Cette règle est la suivante : la mesure de police ne doit pas prohiber *complètement* l'exercice d'une liberté. En effet, « prohiber n'est pas réglementer » ; or l'autorité de police n'est investie que de la seconde mission⁶. Aucune considération ne peut justifier qu'une liberté soit annihilée, sauf à considérer que la puissance publique n'est pas astreinte au respect des droits fondamentaux. L'autorité de police doit donc veiller à ce que ses interventions touchant aux libertés soient pratiquées à doses homéopathiques⁷.

¹ B. Pacteau, n. sous CE, Sect. 7-12-1979, Société Les fils de Henri Ramel, JCP 81, 19500.

² CE 27-9-1991, Société Sotraloc-Postel, req. n° 71447-71783, cité par L. Imbert, Juris-Classeur administratif, Police municipale, fasc. 126-20, 1996, n°164.

³ On a pu contester qu'il s'agisse là d'un but de sécurité publique, puisque cette mesure vise non pas à la sécurité des tiers mais à celle des occupants du véhicule : G. Morange, Réflexions sur la notion de sécurité publique (A propos d'une prescription contestée : l'obligation du port de la ceinture de sécurité), D. 1977, chron. p 61.

⁴ CE 22-1-1982, Association Auto défense, D. 82 p 494 n. B. Pacteau.

⁵ R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, 12° éd. 1998, n° 912.

⁶ C-A. Colliard, Libertés publiques, Dalloz, 7° éd. 1989, n° 165.

⁷ X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, PUAM Economica, 1990, p 355.

Cette règle ultime devrait prohiber par principe les interdictions absolues frappant une liberté. De telles mesures ne sont-elles pourtant pas quelquefois validées par le juge administratif ? On songe ici à l'interdiction de l'activité de photofilmeurs pendant la saison touristique sur la portion d'une route ou à l'interdiction totale de stationnement dans une rue ¹. En réalité, dans ces hypothèses, la prohibition ne concerne qu'un secteur déterminé ou une période donnée, en sorte que la substance des libertés envisagées n'est jamais atteinte. L'interdiction édictée paraît absolue dans sa formulation ; elle n'en demeure pas moins en réalité très limitée quant à ses effets.

143- La méthode du juge administratif n'est pas uniquement utilisée pour contrôler la légalité des actes de police administrative. Certains des critères dégagés sont également employés pour apprécier d'autres atteintes aux droits fondamentaux commises par les agents de l'autorité publique. La signification du premier critère peut ainsi être précisée à travers des cas d'atteintes à la liberté du mariage et à la liberté religieuse.

Les statuts des employés municipaux contiennent parfois des dispositions "suspectes". Celui de la ville de Strasbourg qui était soumis au Conseil d'Etat en 1960 précisait que « les personnes du sexe féminin perdent leur emploi au service de la ville par le fait qu'elles se marient ou se remarient ». Cette clause, inspirée selon le commissaire du gouvernement par la politique allemande de maintien de la femme au foyer, est jugée illégale car elle est étrangère aux nécessités particulières pouvant résulter des fonctions exercées ². N'étant pas justifiée par la tâche à accomplir, elle ne repose pas sur un motif pertinent. A la différence du maintien de l'ordre public, qui constitue par principe un objectif pertinent, une vérification s'impose au cas par cas.

144- Le mobile légitimant le principe d'une altération de telle ou telle prérogative fondamentale doit également reposer sur des bases concrètes. Il ne s'agit pas de s'en tenir à des considérations théoriques. La jurisprudence relative aux règlements intérieurs des établissements d'enseignement public, et aux éventuelles décisions prises sur leur fondement, en constitue une illustration. Lorsqu'une jeune fille refuse d'enlever le foulard qu'elle porte en signe d'appartenance religieuse, il n'est pas possible de lui interdire d'accéder aux salles de cours au seul motif, purement conceptuel peut-on dire, d'une incompatibilité avec le principe

¹ Respectivement : CE 13-3-1968, Epoux Leroy, AJDA 88 p 221 chron. J. Massot et J.-L. Dewost (il s'agissait du Mont-Saint-Michel) ; CE 14-3-1973, Almela, Rec. Lebon p 213.

² CE 11-3-1960, Ville de Strasbourg, Dr. social 60 p 416 concl. A. Bernard.

de laïcité¹. En revanche, si les enseignements sont très gravement perturbés par ce refus, si ce dernier entraîne des troubles dans la vie de l'établissement, aggravés par des manifestations à l'extérieur du collège, cela justifiera une réaction (en pratique l'exclusion)².

Le juge administratif a l'avantage d'être généralement soumis à des cas concrets d'atteintes aux libertés. Il peut vérifier si la décision de l'autorité publique était bien en accord avec la réalité des faits.

Le Conseil Constitutionnel se trouve dans une situation tout autre : il est en présence d'un texte qui n'a jamais été appliqué. On lui demande d'effectuer un contrôle *a priori*, avant la promulgation de la loi³. Il doit alors raisonner en aveugle⁴, ce qui ne l'empêche pas d'adopter une méthode semblable à celle imaginée par le juge administratif.

B- Démarche du Conseil Constitutionnel face aux lois lésant des droits fondamentaux.

145- Lorsque le Conseil Constitutionnel est saisi d'une loi, il en vérifie la conformité au bloc de constitutionnalité, et donc notamment aux droits fondamentaux. Son contrôle doit être rigoureux et non purement formel. Le Conseil ne peut « se contenter de rendre un hommage solennel, mais platonique, à de grands principes avant d'en légitimer toutes les exceptions »⁵. En pratique, on a observé que sa technique de contrôle tendait à un perfectionnement horizontal, lui permettant de saisir l'acte législatif dans ses différents éléments. Cette attitude s'accompagne cependant d'une fréquente limitation verticale du contrôle opéré⁶, car si

¹ CE 20-5-1996, Ali, GP 97, 1, 141 ; également en annexe de Cl. Durand-Prinborgne, Le port des signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée..., une jurisprudence contestée, RFDA 1997 p 151.

² CE 10-3-1995, Aoukili, AJDA 95 p 332 concl. Y. Aguila, D. 95 p 365 n. G. Koubi. Cf. également Douai 3-4-1991, D. 93 SC p 129 obs. Th. Dubaele (exclusion définitive de deux élèves ayant fait de la propagande religieuse en distribuant des tracts aux élèves musulmanes renonçant au port du foulard).

³ Il faut signaler l'hypothèse marginale issue de la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (CC 25-1-1985), qui permet de contester la constitutionnalité d'une loi promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Pour une application : CC 15-3-1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, sur laquelle v. J.-P. Camby, Une loi promulguée, frappée d'inconstitutionnalité ?, RDP 1999 (l'auteur indique précisément qu'il peut s'agir d'une volonté de prendre en compte le « droit vivant », qui résulte de l'application de la loi).

⁴ « Son éloignement des prétoires nuit à son appréciation précise des enjeux » : F. Zénati, obs. sous Civ. 1°, 4-1-1995, RTDC 96 p 932s, spéc. p 935.

⁵ Ch. Atias, Les personnes, les incapacités, PUF droit fondamental, 1985, n° 18.

⁶ Sur ce double mouvement, cf. V. Goesel-Le Bihan, Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel, RFDC 1997 p 227s, spéc. p 266.

l'examen se faisait trop intense, le Conseil s'exposerait à la critique traditionnelle de gouvernement des juges.

La méthode déployée par la juridiction constitutionnelle ¹ peut être synthétisée en trois étapes révélatrices des contraintes pesant sur le législateur : ne pas infliger aux droits fondamentaux des limitations injustifiées, ne pas leur imposer des sacrifices disproportionnés au but légitimement poursuivi, et enfin ne pas recourir à une réglementation dont la sévérité aboutirait à vider les droits fondamentaux de leur contenu ². Lorsqu'en 1975, il était question de rédiger une Charte des libertés enrichissant notamment la Déclaration des droits de l'homme de 1789, l'une des nouvelles dispositions proposées tentait d'une certaine manière de synthétiser ces lignes directrices : « la loi (...) s'assure que les limitations à la liberté n'ont pas pour effet de la supprimer mais qu'elles n'y apportent que les seules atteintes justifiées par les nécessités de la vie en société »³.

146- Une loi ne saurait donc léser les libertés sans se fonder d'abord sur des motifs louables. Globalement, les limitations édictées devront être « justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles »⁴. Il est ainsi possible de réduire la possibilité d'exercer des recours contre les plans d'occupation des sols, afin de « faire pièce à l'insécurité juridique croissante de la réglementation d'urbanisme qu'alimente un flot de plus en plus nourri de recours fondés sur des moyens de pure légalité externe »⁵. La volonté d'assurer la continuité du service public légitime pareillement des limitations apportées au droit de grève⁶. En revanche, cette première condition constituera un obstacle rédhibitoire pour une loi permettant la fouille de tout véhicule se trouvant sur une voie publique, « alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public »⁷. Le Conseil s'assure ainsi que,

¹ J.-M. Blanquer, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Th. Paris II, 1993.

² Le raisonnement vaut plus généralement pour tout principe constitutionnel : cf. la présentation de G. Vedel, *Le "droit au logement" et le principe de la libre administration des collectivités locales*, *Pouvoirs locaux* 12-1990 p 85. On aura reconnu dans la dernière contrainte le respect dû à la substance des droits.

³ On renverra à J. Morange, *Vers une codification des libertés en France ?*, *RDP* 1977 p 259. Cf. également J. Robert, *Les travaux des différentes commissions d'étude des libertés*, in *Les droits de l'homme en France*, Actes du VII^e colloque de Besançon, 20/1-1-1978, p 7.

⁴ CC 10-6-1998, Réduction du temps de travail, *AJDA* 98 p 540. Les exigences constitutionnelles peuvent notamment être des droits fondamentaux.

⁵ CC 21-1-1994, Urbanisme et construction, D. 95 SC p 302, obs. P. Gaïa, qui synthétise ainsi les motivations de la loi.

⁶ CC 25-7-1979, Droit de grève à la radiotélévision, D. 80 p 101, n. M. Paillet.

⁷ CC 12-1-1977, Fouille des véhicules, *AJDA* 78 p 215, n. J. Rivero.

concrètement, la liberté individuelle ne pourra faire l'objet d'atteinte que dans des circonstances impérieuses.

147- La deuxième contrainte pesant sur le législateur consiste à ne pas imposer des limitations inutiles aux droits fondamentaux, c'est-à-dire disproportionnées par rapport au but poursuivi¹. Cette condition paraît spécifique aux dispositions lésant lesdits droits car lorsqu'une loi se contente de mettre en œuvre un droit constitutionnel, *sans y porter atteinte*, le Conseil retient généralement qu'il ne lui appartient pas « de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies »². Quand un texte a au contraire pour effet de limiter des droits fondamentaux, le juge constitutionnel vérifie si ces limitations étaient nécessaires, s'il n'existait pas des « moyens alternatifs moins attentatoires » à ces droits³. Il est donc possible de retenir que le Conseil ne tolère de restrictions aux libertés qu'autant qu'elles s'avèrent indispensables⁴.

148- Le respect de cette deuxième condition ne constitue pas une garantie suffisante pour déclarer constitutionnelle une loi lésant un droit fondamental. Pour employer une image, s'il est certainement utile de « filtrer le moustique », il n'est pas acceptable de « laisser passer le chameau »⁵. C'est en effet l'écueil possible du test de proportionnalité : il conduit à pourchasser les limites superflues, à faire le plus souvent une correction de détail, mais son filtre pourra le cas échéant laisser passer des atteintes quasi-substantielles, dès lors que celles-ci seront nécessaires à une satisfaction optimale du but poursuivi. Or cela n'est pas acceptable.

C'est tout l'objet de ce que l'on considérera comme la troisième contrainte imposée par le Conseil Constitutionnel : les droits fondamentaux ne doivent en aucun cas être affectés

¹ Sur le sujet, v. G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1995.

² CC 6-12-1990, RJC p 412 ; 10-1-1994, RJC p 566 ; 6-7-1994, RJC p 589 ; cités par V. Goesel-Le Bihan, art. précité, p 250.

³ V. Goesel-Le Bihan, art. précité, p 261. Pour des exemples s'agissant du droit de grève, v. CC 25-7-1979, précité ; 22-7-1980, Protection des matières nucléaires, Dr. social 1981 p 441 n. D. Turpin.

⁴ X. Philippe, *op. cit.*, p 114. Cf. dans le même sens la formule éclairante d'une décision de la Cour d'arbitrage belge (21-10-1998) : « lorsque le législateur apporte des limitations à l'exercice d'un droit fondamental il ne peut le faire que dans la mesure indispensable à l'objectif qu'il poursuit » (cité in O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, p 426).

⁵ La formule est utilisée par J. Rivero (*in n. sous CC 19/20-1-1981, Sécurité et liberté*, AJDA 81 p 275), pour dénoncer l'attitude du Conseil qui, face à des réformes de détail, examine leur constitutionnalité, et, face à des choix politiques de principe, indique qu'il n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Quant à l'image, elle est issue de l'*Evangile selon saint Matthieu*, ch. XXIII, 24, dont les traductions peuvent varier : « Guides aveugles, qui filtrez le moucheron et avalez le chameau ! » (E. Osty et J. Trinquet, *Le Nouveau Testament*, éd. Siloé, 1964).

dans leur existence, ce qui constitue la « limite des limitations »¹. Cette condition, inspirée du texte même de certaines Constitutions étrangères², exige une vérification alors même que l'atteinte répondrait à un objectif légitime³. Dans une décision de 1996, le Conseil estime ainsi que « le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique (...) ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel »⁴.

149- Ce critère explique que ne soit pas censurée une loi instituant une servitude n'engendrant qu'une gêne supportable. En revanche, « il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété »⁵. Sans doute peut-on considérer que lorsqu'une liberté fondamentale est anéantie, c'est la Constitution elle-même qui est atteinte⁶. De manière générale, il faut donc qu'une atteinte à un droit fondamental n'ait pas « un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée »⁷. A cet égard, il est très contestable que le Conseil ait admis que des limitations puissent aller jusqu'à *l'interdiction* du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable au fonctionnement de certains éléments de service public⁸ ; une telle « mise en cause » d'un droit fondamental ne relève pas de la compétence du législateur mais de celle du constituant⁹. Il reste que globalement, les techniques d'appréciation utilisées par le juge

¹ L. Favoreu, obs. sous CC 16-1-1991, Santé publique et assurances sociales, RFDC 91 p 294. En l'espèce, la prérogative investie était le droit de propriété.

² Pour un exemple, art. 53-1 de la Constitution espagnole : « seule une loi qui, en toute hypothèse, **devra en respecter le contenu essentiel**, pourra réglementer l'exercice des droits et libertés ».

³ CC 29-7-1998, Lutte contre les exclusions, RDP 99 p 89 obs. D. Rousseau, où l'atteinte au droit de propriété répondait à l'OVC du droit de disposer d'un logement décent.

⁴ CC 9-4-1996, Statut de la Polynésie française, AJDA 96 p 371 chron. O. Schrameck, LPA 4-9-96 p 6 obs. B. Mathieu et M. Verpeaux. Pour d'autres décisions prohibant les atteintes substantielles au droit des personnes d'exercer un recours effectif : CC 23-7-1999, cons. 38, JO 28-7-99 p 11250 ; 21-12-1999, D. 2000 SC p 426 obs. D. Ribes (une loi de validation ne saurait avoir pour effet d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants).

⁵ CC 13-12-1985, Amendement Tour Eiffel, Rec. p 78.

⁶ C. Schmidt, La notion positive de Constitution, Droits 1990, n° 12, p 149s, spéc. p 156.

⁷ Parmi plusieurs décisions, cf. CC 4-7-1989, D. 90 p 209 n. F. Luchaire, RTDC 90 p 519 obs. F. Zénati, ce dernier relevant qu'il s'agit donc de « peser l'atteinte » portée en l'occurrence au droit de propriété par la loi soumettant la vente des actions de sociétés privatisées à certaines modalités d'exercice.

⁸ CC 25-7-1979, précité. Juridiquement, la solution ne satisfait pas au troisième critère dégagé puisqu'elle nie le droit de grève des agents concernés ; elle le vide de sa substance.

⁹ Cf. L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, éd. Dalloz, 10^e éd. 1999, p 395. A titre de comparaison, la Constitution bernoise de 1995 ne consacre pas le droit de grève, au vu de son interdiction dans les services publics : W. Kälin et U. Bolz (éd.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Haupt Staempfli, Berne, 1995, p 293.

constitutionnel, comme par le juge administratif, constituent de précieuses indications pour l'application des droits fondamentaux en droit privé.

§ II : Des solutions gagnant logiquement le droit privé.

150- Envisagée de façon générale, l'influence du droit public sur le droit privé ne constitue pas une idée nouvelle. On sait depuis longtemps que « les cloisons croulent de toutes parts » entre les deux ensembles ¹ et qu'en particulier, l'infiltration en droit privé « des idéologies du voisin », l'adoption de ses procédés, caractérisent la conquête réalisée par le droit public ². L'objet est ici de cerner cette emprise dans le domaine particulier des méthodes déployées pour jauger les atteintes aux droits fondamentaux. C'est un fait indéniable, l'influence du droit public a déjà opéré (**A-**). Elle est au demeurant parfaitement justifiée (**B-**).

A- Une acculturation avérée.

151- La diffusion de la technique publiciste est manifeste. L'observation vaut surtout pour la méthode déployée par le juge administratif, qui s'est infiltrée dans la sphère privatiste notamment par le biais du droit du travail. Il est établi que « le droit social, s'il ressort majoritairement au droit privé, n'hésite pas à emprunter principes, règles et techniques au droit public »³.

A la vérité, la diffusion décrite paraît relativement fortuite. Elle s'explique par la compétence de la juridiction administrative pour juger de la légalité des règlements intérieurs d'entreprise, plus précisément de sa compétence pour apprécier le bien-fondé de l'appréciation portée par l'inspecteur du travail sur ce type de texte. Or, comme le Conseil

¹ R. Savatier, Droit privé et droit public, D. 1946, chron. p 25. On dira de manière plus mesurée que la distinction entre le droit privé et le droit public « est quelque peu mise à mal » : J.-L. Souriaux, Introduction au droit, Puf, 2° éd. 1990, n° 91.

² J. Rivero, Droit public ou droit privé : conquête, ou *statu quo* ?, D. 1947, chron. p 69. Aujourd'hui, on décrit parfois un phénomène inverse, les publicistes devant « s'inquiéter de l'envahissement de leur discipline par le droit privé » : v. J. Waline, Propriété industrielle et droit public, in Mélanges J.-J. Burst, éd. Litec, 1997, p 667.

³ B. Teyssié, Droit public et droit social : variations autour d'un thème, Dr. social 1991 p 185. Cf. également L. Cadiet, Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences, Dr. social 1991 p 200 ; J.-L. Crozafon, L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail, Th. Paris I, 1984. De façon générale, cf. J. Rivero, chron. précitée, qui relève que la loi civile reste maître de la place, mais que les techniques du droit public transforment du dedans l'esprit et les mœurs.

d'Etat n'a pas, en cette matière, adopté un schéma de raisonnement différent de celui déployé par lui pour apprécier les atteintes aux droits fondamentaux émanant des autorités publiques, l'acte juridique de droit privé que constitue un règlement intérieur d'entreprise se trouve soumis à des critères de validité voisins de ceux régissant les mesures de police administrative¹. Deux arrêts sont significatifs à cet égard.

152- Le premier date de 1962. Le règlement intérieur de la *Compagnie des tramways électriques d'Oran* prévoyait que les femmes des agents de l'entreprise ne pouvaient tenir un commerce qu'après autorisation de la direction sur demande écrite. Le Conseil d'Etat relève que cette disposition, en soumettant dans tous les cas à une autorisation l'ouverture d'un commerce quelconque, « apporte à la libre activité des intéressées [c'est-à-dire à la liberté du commerce] une limitation qui excède, par sa généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait édicter en vue d'assurer, dans certains cas, le bon ordre et la discipline dans l'entreprise »². La similitude est frappante entre le contrôle de l'exercice des pouvoirs de réglementation du chef d'entreprise et celui des mesures émanant de l'autorité de police administrative³.

153- Le second arrêt à évoquer ici est celui rendu en 1980 dans la célèbre affaire des *Peintures Corona*⁴. Le règlement intérieur de cette société interdisait de pénétrer dans l'établissement en état d'ébriété et prévoyait la soumission des cas douteux à l'épreuve de l'alcootest, le refus de s'y soumettre valant reconnaissance implicite de l'imprégnation alcoolique. Le Tribunal administratif de Lille apprécia cette disposition en utilisant des critères semblables à ceux gouvernant les atteintes étatiques portées aux droits fondamentaux : ainsi, il la valide en affirmant que la mesure est nécessaire à la sécurité des salariés et qu'elle « n'apporte aucune atteinte ni limitation substantielle aux droits de la personne, aux principes généraux du droit ni aux garanties constitutionnelles »⁵.

Le Conseil d'Etat annule le jugement du tribunal. Il commence par affirmer en forme de principe que lorsque le chef d'entreprise exerce ses pouvoirs pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, « il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché ». Il applique ensuite cette

¹ On rappelle que le règlement intérieur d'une entreprise (privée) reste un acte juridique privé, nonobstant le contrôle de légalité dévolu à l'inspecteur du travail : Soc 25-9-1991, Dr. social 92 p 24 n. J. Savatier ; Soc 16-12-1992, Dr. social 93 p 267 n. A. Jeammaud.

² CE, Sect., 16-3-1962, JCP 62, II, 12912, n. J. Savatier ; Dr. social 63 p 80, obs. P. Pactet.

³ V. en ce sens J. Savatier, n. précitée.

⁴ CE 1-2-1980, Dr. social 80 p 310 concl. A. Bacquet ; RDP 80 p 1717 n. J.M. Auby.

⁵ Rapporté par A. Bacquet, concl. précitées.

règle en suivant les conclusions du Commissaire du Gouvernement. Le règlement intérieur pouvait légalement imposer la soumission à l'alcootest pour assurer la sécurité dans l'entreprise ; en revanche, l'atteinte ne pouvait concerner que les salariés affectés à certains travaux ou machines (et non par exemple le personnel de bureau), en sorte que la disposition excédait par sa généralité l'étendue des sujétions qui pouvaient être valablement stipulées.

154- Les critères de légalité ainsi mis en œuvre sont si proches de ceux déployés face à un abus commis par l'autorité administrative que l'on parle de « police intérieure de l'entreprise »¹. Cette méthode publiciste appliquée à un acte juridique privé a par la suite été législativement consacrée. L'article L. 122-35 du Code du travail, issu de la loi Auroux du 4 août 1982, prévoit en effet que le règlement intérieur « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », formule directement inspirée de la jurisprudence administrative². L'article L. 122-34 cantonne cependant le domaine de ce document à la réglementation en matière d'hygiène, de sécurité et de discipline. Dans ces conditions, l'infiltration du raisonnement développé par le Conseil d'Etat, si elle réalisait une belle percée, restait quand même limitée. Il était certes possible de voir dans la règle formalisée par l'article L. 122-35 l'expression d'un principe général du droit, mais ce type de normes est généralement mal connu ou mal interprété dans les milieux de l'entreprise³. Seule une loi pouvait sceller définitivement l'extension généralisée de la formule dérivée de l'arrêt *Corona*.

155- L'article L.120-2 du Code du travail, créé par la loi du 31 décembre 1992 et placé en tête des dispositions générales applicables au contrat de travail, reprend textuellement la règle de l'article L. 122-35, la faisant ainsi s'émanciper du domaine du règlement intérieur. La formule est très large : « **nul** ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Le texte a vocation à être utilisé par le juge judiciaire, de sorte qu'une règle initialement de droit public a bel et bien franchi la cloison des ordres juridiques⁴. L'évolution satisfait surtout aux réflexions clairvoyantes de la

¹ J.M. Auby, n. précitée.

² Les rédacteurs de la loi de 1982 ont manifestement « trempé leur plume dans les enciers du droit public » : J.-C. Javillier, L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire, Dr. social 1983 p 537.

³ G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992, n° 153.

⁴ On relèvera le scepticisme qui dominait chez certains : Ph. Ardant (Les libertés du citoyen dans l'entreprise, introduction au débat, in L'entreprise et les libertés publique, Colloque Nanterre des 20/1-11-1981, Dr. social 82

doctrine : « l'idée d'une justification des atteintes aux libertés par la nature du travail à effectuer et du respect d'une certaine mesure, à proportion du but recherché, doit être considérée comme un véritable principe général, ne concernant pas seulement le règlement intérieur, mais aussi *les clauses conventionnelles par lesquelles un contractant accepte d'aliéner une partie de ses droits fondamentaux* »¹. C'est l'ensemble du droit privé des contrats qui peut bénéficier avec profit de la règle d'origine publiciste².

B- Une acculturation justifiée.

156- S'il convient d'approuver ceux qui invitent le droit privé à s'inspirer de la méthode adoptée par le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat pour apprécier une atteinte d'origine publique aux droits fondamentaux³, c'est que ce mimétisme procéderait d'une logique des plus solides. Comment pourrait-on admettre que les actes juridiques privés lésant les libertés ne soient pas au moins autant contrôlés que ceux émanant de l'autorité publique ? Est-il concevable qu'un particulier puisse se permettre dans son activité juridique ce qui est interdit à un préfet ou aux parlementaires⁴ ? On n'imagine pas que soit autorisée une atteinte aux droits fondamentaux organisée dans les rapports privés, « alors que, entachés du même vice, un acte administratif serait annulé et une loi déclarée inconstitutionnelle ! »⁵. Des critères de légalité unitaires s'imposent en matière de libertés fondamentales.

157- La hiérarchie des normes impose une telle conception. Les actes juridiques situés à la base ne peuvent bénéficier d'un régime moins drastique que celui appliqué aux normes qui

p 428) qui estimait que l'expérience des publicistes n'était « guère adaptée » aux situations de droit privé, même s'il invitait le juge judiciaire à s'inspirer de la démarche du juge administratif ; également G. Lyon-Caen (*op. cit.*, n° 165) qui jugeait « d'une grande difficulté » d'imaginer le transformateur permettant d'insérer la mécanique des libertés publiques dans les rapports privés.

¹ A. Chevillard, n. sous Paris 7-6-1990, JCP (E) 91, II, 191. Du même auteur, v. Prise en compte des libertés individuelles et droit du travail, *in* L'année du droit social, Hors-série mars 1999 de Travail et protection sociale, p 115.

² La doctrine se montre parfois plus réservée ; elle semble de manière générale critiquer « la tendance à privilégier des analyses faisant appel à la théorie des libertés publiques sur les analyses civilistes du droit des obligations » (J. Savatier, obs. sous Soc. 8-10-1996, Mme. Costa, Dr. social 97 p 89). Cf. également G. Couturier, qui estime que la démarche « consistant à transposer les libertés publiques dans le cadre des relations de droit privé (...) prête à discussion et atteint assez vite ses limites » (Droit du travail, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), Libertés et droits fondamentaux, éd. Seuil, 1996, p 295).

³ V. par exemple, à propos de la méthode du Conseil d'Etat, R. Pinto, La protection des droits de l'homme par les tribunaux judiciaires en France, EDCE 1949 p 21s, spéc. p 24.

⁴ En principe, il ne dispose certes pas des mêmes pouvoirs et moyens que ces autorités.

⁵ J.-M. Verdier, Libertés et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge, D. 1988 chron. p 63s, spéc. p 70.

leur sont supérieures (règlements et lois) ¹. Les droits fondamentaux ne changeant pas de nature selon qu'ils sont transgressés par l'autorité publique ou par une personne privée, ils s'imposent dans les mêmes termes quelle que soit l'origine de l'atteinte ². La marge de manœuvre laissée aux agents privés doit ainsi épouser celle qui a été dégagée dans une problématique identique par les juridictions de droit public. Toute divergence serait malencontreuse.

158- Cela ne signifie pourtant pas nécessairement que la jurisprudence précédemment étudiée soit transposable en intégralité. Il est notamment facile de faire observer que les circonstances divergent dès lors que les particuliers entre eux ne pourront en principe invoquer qu'un intérêt *privé* pour légitimer l'atteinte portée à un droit fondamental, argument par principe moins fort que l'intérêt général avancé par une autorité publique ³. L'argument peut toutefois être désamorcé : si cet intérêt privé correspond lui-même à la garantie d'un droit fondamental ⁴, il sera assez puissant pour justifier l'atteinte, puisque de valeur équivalente à la liberté meurtrie.

Dans certains cas, le mobile légitimant revêtira même une grande parenté avec les motifs tirés de l'ordre public ou de l'intérêt général. La nécessité de suivre un raisonnement identique n'en sera alors que renforcée. On songe surtout à la justification que constitue l'intérêt de l'entreprise ⁵. De même que le législateur impose des contraintes à l'exercice des libertés dans l'intérêt du pays, l'employeur, à la tête d'une micro-société, doit édicter des restrictions aux droits fondamentaux dans l'intérêt de l'entreprise elle-même ⁶, intérêt qui se situe « au-dessus des capitalistes et des travailleurs »⁷. De façon symptomatique, le chef

¹ Sur l'assujettissement hiérarchique des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux, *cf. supra* n° 19s, spéc. n° 27s. Ici, il s'agit plus spécifiquement de préciser la soumission des actes juridiques aux techniques d'appréciation appliquées aux lois et règlements lésant les droits fondamentaux.

² V. l'axiome proposé par N. Molfessis (Le Conseil Constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, n° 310) : « les rapports de droit privé ne sauraient être sources de limitations des libertés civiles qui dépasseraient la mesure de ce que le Conseil constitutionnel impose à la loi lorsqu'il les considère à titre de libertés publiques ».

³ *Cf.* Ph. Ardant, art. précité, p 431, pour qui cette différence est essentielle.

⁴ Dans l'affaire Dame Roy (*cf. supra* n° 83), un auteur a ainsi regretté que face à l'atteinte à la liberté du mariage de l'enseignante, on ne se soit pas demandé si l'autre partie ne pouvait pas invoquer elle aussi « des droits tout aussi fondamentaux » (liberté d'entreprendre et liberté de conscience notamment) : H. Le Griel, L'atteinte portée par la Cour de cassation à des libertés fondamentales et la résistance de la Cour de Lyon, GP 1978, doctr. p 184 (l'article fait suite à l'arrêt de la Chambre mixte du 17 octobre 1975, favorable à l'enseignante).

⁵ G. Couturier, L'intérêt de l'entreprise, *in* Mélanges J. Savatier, PUF, 1992, p 143 ; M.-C. Escande-Varniol, La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, RJS 4/2000 p 260.

⁶ *Cf.* H. Le Nabasque, Le pouvoir dans l'entreprise, Th. Rennes, 1985, p 70, pour qui l'intérêt de l'entreprise est le critère de légitimité de l'action patronale, comme l'intérêt général est celui de l'action administrative.

⁷ G. Lyon-Caen, Les principes généraux du droit du travail, *in* Etudes offertes à G.-H. Camerlynck, éd. Dalloz, 1978, p 42. Sur la finalité économique et sociale de l'entreprise, qui est de créer des richesses et de procurer des

d'entreprise est d'ailleurs parfois qualifié de législateur assurant le bien commun du groupement¹. Tous les éléments sont réunis pour justifier que les pouvoirs de l'employeur aient été progressivement soumis aux éléments d'appréciation issus de la jurisprudence administrative, eux-mêmes très proches des critères dégagés par le juge constitutionnel à l'encontre des atteintes législatives aux droits fondamentaux.

Même si le juge judiciaire se montre peu enthousiaste à s'inspirer des méthodes d'analyse utilisées par les juridictions de droit public, il y sera de toute façon contraint, dès lors qu'il ne peut ignorer les techniques de raisonnement, semblables, mises au point par les juges européen et communautaire.

Section 2° : Enseignements des méthodes utilisées par les juges européen et communautaire.

159- Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes² protègent toutes deux les droits fondamentaux contre les agressions d'origine étatique et/ou institutionnelle³. Le raisonnement qu'elles adoptent à cette occasion n'est pas sans incidence sur celui que doit suivre le juge interne, en amont, pour se prononcer sur les atteintes, d'origine privée, portées à ces mêmes droits.

Les deux juridictions supranationales développent des raisonnements similaires (§ I) et leur influence sur le droit privé se fait convergente (§ II).

§ I : Des raisonnements similaires.

160- Le travail prétorien réalisé à Strasbourg a manifestement influencé le système communautaire de protection des droits fondamentaux⁴. Quant à l'intensité du contrôle

emplois, cf. M. Buy, Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques, in Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Colloque du 20-5-1994, PUAM, 1994, p 9.

¹ P. Durand et R. Jaussaud, Traité de droit du travail, t. I, éd. Dalloz, 1947, n° 119. Il s'agit d'un législateur au petit pied.

² Sur ces deux juridictions : R. Lecourt, Cour EDH et CJCE, in Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KG, 1988, p 335.

³ Cf. A. Langénieux, Cour EDH et CJCE : une dualité juridictionnelle de la protection des droits de l'homme, Mémoire Limoges, 1999.

⁴ J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 1999, n°19.

effectué, on estime généralement que l'examen est plus poussé à Luxembourg, ce qui est sans doute normal s'agissant d'un ensemble « en voie d'intégration où il s'agit moins de respecter un standard minimum que d'appliquer un droit commun de manière uniforme »¹. Faut-il alors considérer qu'est en train de se dessiner une Europe à deux vitesses en matière de droits de l'homme, celle du Conseil de l'Europe, comprenant certains pays en apprentissage de la démocratie (Turquie...), et celle de l'Union européenne, club des grandes démocraties² ? La France étant aussi bien condamnée à Strasbourg qu'à Luxembourg, il faut peut-être se méfier de visions trop schématiques.

La Cour européenne surveille les ingérences étatiques (A-). La mission de la Cour de justice s'étend en outre aux mesures prises par les institutions communautaires (B-).

A- Attitude de la Cour EDH face aux ingérences étatiques dans les droits protégés par la Convention.

161- La démarche suivie par l'interprète officiel de la CEDH ne peut qu'être un exemple. Cette méthode est déjà presque ancienne. En témoigne l'arrêt rendu dès 1968 dans l'*affaire linguistique belge*, dont nous extrairons trois préceptes.

Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention doit poursuivre **un but légitime**. Il doit exister un rapport raisonnable de **proportionnalité** entre les moyens employés et le but visé. Enfin la réglementation de l'Etat ne doit **jamais** entraîner **d'atteinte à la substance** de ce droit³. Ces trois principes sont souvent répétés par la Cour. Lorsqu'un Etat encadre de limitations ou conditions l'exercice des droits fondamentaux, le juge de Strasbourg s'assure « que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles

¹ G. Cohen-Jonathan, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, Rev. du Marché commun 1978 p 74s, spéc. p 92. Pour une analyse divergente, v. J. Verhoeven, Droit de la Communauté européenne, Larcier Bruxelles, 1996, p 120, qui estime que la souplesse de la CJCE face aux limitations des droits va bien au-delà des possibilités de dérogations laissées dans le cadre de la CEDH.

² Pour une telle vision, F. Sudre, Introduction, in Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999. Sur ce « double standard », v. également J.-M. Larralde, Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence communautaire, in L'Union européenne et les droits fondamentaux, Journée CEDECE Caen 7-5-1998, Bruylant Bruxelles, 1999, p 105s, spéc. p 127.

³ Cour EDH 23-7-1968, § 5 et 10, AFDI 68 p 201 obs. R. Pelloux.

poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés »¹.

162- Il faut remarquer que les critères dégagés ne correspondent pas exactement à la grille de lecture officielle résultant de la rédaction de certains articles de la Convention. A la différence du Conseil d'Etat ou du Conseil Constitutionnel, la Cour européenne a en effet à sa disposition un modèle de raisonnement dans les paragraphes 2 des articles 8 à 11, appelés clauses générales d'ordre public² : l'exercice des droits peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection des libertés d'autrui ou d'intérêts généraux énumérés de manière limitative. Le travail prétorien a agi sur ces divers éléments.

163- Ainsi, l'exigence d'une limitation de nature législative a été assouplie, notamment pour tenir compte des traditions des pays de *common law*. En pratique il suffit que la restriction résulte du droit en vigueur, par exemple de la jurisprudence, pourvu que son contenu soit accessible et prévisible³. S'agissant des motifs de l'ingérence, la Cour affirme généralement qu'elle doit déterminer s'ils apparaissent « pertinents et suffisants »⁴, mais ce contrôle s'avère souvent très formel⁵ ; il semble suffire que le motif avancé figure parmi ceux énumérés dans l'article concerné. La Cour se réserve pour le contrôle de proportionnalité.

164- La condition formelle de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique s'est en effet muée en condition de proportionnalité, tant il est vrai que « réagir sans proportion, c'est aller au-delà du nécessaire »⁶. Il s'agira de vérifier si l'objectif visé n'aurait

¹ Cour EDH 2-3-1987, Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique, CDE 88 p 487 obs. G. Cohen-Jonathan. Cf. également Cour EDH 28-5-1985, Ashingdane c/ Royaume Uni ; 21-9-1992, Fayed c/ Royaume Uni, GP 95 p 521 n. O. Flecheux ; 23-10-1997, National & Provincial Building Society ; 18-2-1999, Matthews c/ Royaume Uni, GP 21/3-5-2000 p 21 n. G. Cohen-Jonathan, JDI 2000 p 97 obs. P. Tavernier.

² V. par exemple F. Sudre, La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), *op. cit.*, n°66. L'article 5, § 1, c), de la Convention et l'article 2, § 3, du Protocole n° 4 procèdent du même esprit.

³ Sur ces différents éléments, v. notamment J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 279 et les arrêts cités. Pour un exemple d'ingérence prévue par une jurisprudence dont la requérante devait avoir connaissance : Cour EDH 26-9-1995, Vogt c/ Allemagne, RTDH 96 p 389 obs. F. Sudre.

⁴ Cour EDH 24-3-1988, Olsson c/ Suède, § 68, JDI 89 p 799 chron. P. Rolland et P. Tavernier ; 23-9-1994, Jersild c/ Danemark, § 31.

⁵ L'importance des développements qu'y consacre la Cour a été jugée « inversement proportionnelle à la longueur des listes de buts légitimes contenues dans les "paragraphes 2" » : A. Berthe, Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'homme, Th. Lille II, 2000, p 212.

⁶ J.-Cl. Soyer, La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme, in Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p 125s, spéc. p 142. Pour M.-A. Eissen (Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour EDH, in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 2° éd. 1999, p 65), « de la nécessité à la proportionnalité, il n'y a qu'un pas ».

pas pu être atteint par une mesure heurtant moins gravement le droit fondamental, c'est-à-dire si l'autorité a bien opté pour la mesure la moins restrictive¹. L'Etat se voit accorder une marge d'appréciation (*domestic power of appreciation*) mais le contrôle de proportionnalité reste l'outil majeur de la Cour européenne. Il faut pourtant reconnaître que la prépondérance formelle accordée à ce contrôle est quelquefois critiquable, notamment lorsqu'il apparaît qu'aucune mesure étatique ne se justifiait. Dans ce cas, il est assez malencontreux de dire que la mesure adoptée est disproportionnée : avant d'être excessifs, les moyens déployés étaient d'abord inutiles². La réalité concrète ne nécessitait pas la moindre atteinte aux libertés³. Aussi, lorsque le motif avancé par l'Etat est purement formel, il convient avant tout de stigmatiser le fondement même de l'ingérence plutôt que la nécessité de celle-ci⁴.

165- Enfin, par rapport au modèle figurant dans les clauses générales d'ordre public, le juge de Strasbourg a rajouté le contrôle du maintien de la substance du droit restreint. Il l'a fait tout naturellement, car comme il a eu l'occasion de le dire lui-même, une telle limite « va de soi »⁵. Les modalités d'exercice d'un droit, telles qu'elles ont été mises en place par l'Etat, doivent permettre concrètement de sauvegarder l'effectivité du droit considéré⁶. A défaut, l'ingérence, qui porterait atteinte à l'essence même d'une liberté, serait entachée d'un vice rédhibitoire⁷. La Cour de Luxembourg ne dit pas autre chose.

¹ F. Rigaux, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 91. Cf. également Com. EDH 16-7-1980, Ann. vol. XXIV p 199. On retiendra de manière imagée qu'il ne faut pas que l'Etat ait utilisé un marteau-pilon pour casser une noisette : J.-P. Marguénaud, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, 1997, p 51.

² Cette critique peut éventuellement être désamorcée si l'on considère, avec l'appui du droit allemand, que le critère de proportionnalité au sens large englobe celui d'utilité.

³ Cf. un exemple donné par V. Coussirat-Coustère, Jurisprudence de la Cour EDH de 1989 à 1991, AFDI 91 p 581s, spéc. p 609 : « quand des informations sont déjà publiques, imposer à quelqu'un d'en respecter le caractère confidentiel est une ingérence non nécessaire indépendamment de toute question de proportionnalité ».

⁴ V. spécialement Cour EDH 25-3-1993, Kokkinakis c/ Grèce, RTDH 94 p 137 n. F. Rigaux, où la condamnation d'un témoin de Jéhovah pour prosélytisme est jugée disproportionnée alors que sa responsabilité avait été établie par des motifs qui se contentaient de reproduire les termes de la loi prohibant le prosélytisme abusif, sans préciser en quoi le prévenu avait utilisé des moyens abusifs. L'ingérence était *abstraitement* motivée. Pour une critique de l'arrêt : F. Rigaux, La loi des juges, éd. O. Jacob, 1997, p 222.

⁵ Cour EDH 23-7-1968, Affaire linguistique belge, § 5, précité.

⁶ Cour EDH 16-12-1992, De Geouffre de la Pradelle c/ France, § 29, D. 93 p 561 n. F. Benoit-Rohmer.

⁷ La difficulté pour l'interprète tient à ce que la Cour emploie parfois le terme de substance au sens d'élément non négligeable, et non dans le sens d'élément essentiel. Par exemple, Cour EDH 23-9-1982, Sporrang et Lönnroth c/ Suède, § 63, AFDI 85 p 415 obs. V. Coussirat-Coustère : il n'y a pas privation de propriété au sens du premier alinéa, seconde phrase, de l'article 1 du Protocole 1, même si le droit de propriété a perdu de sa *substance*, dès lors que celui-ci n'a pas disparu.

B- Attitude de la CJCE face aux restrictions étatiques ou institutionnelles apportées aux droits fondamentaux.

166- Alors qu'on a pu dire que la logique communautaire n'était pas du tout celle des droits de l'homme ¹, la Cour de justice de Luxembourg a progressivement entrepris d'assurer la protection des droits fondamentaux ². A l'origine, elle s'était certes montrée très réservée, refusant notamment de vérifier si les décisions prises par la haute autorité C.E.C.A. respectaient les règles constitutionnelles en vigueur dans tel ou tel Etat membre, alors même que l'avocat général M. Lagrange lui proposait d'appliquer non pas ces règles de droit interne mais de « s'en inspirer éventuellement » pour y rechercher un principe général du droit ³.

167- Le pas est franchi dans un *obiter dictum* de l'arrêt Stauder de 1969 : la juridiction communautaire relève qu'une mesure de la Commission « ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect »⁴. Par plusieurs arrêts célèbres la CJCE livre alors les sources possibles de ces PGD : il s'agit des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » et des « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré », notamment la CEDH ⁵. On retrouve les deux grands blocs classiques énonçant des droits fondamentaux. La médiation des principes généraux du droit, souvent qualifiée de précaution de langage, voire de bricolage casuistique ⁶, permet cependant à la Cour d'en maîtriser le contenu et le champ d'application ⁷.

¹ M.-F. Christophe-Tchakaloff, Le droit à la non-discrimination, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée précitée.

² G. Cohen-Jonathan, La protection des droits fondamentaux par la CJCE, *in* R. Bieber (et. al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 44.

³ J.M. Bergeal, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, Mémoire Limoges, 1992, p 65s. Cf. CJCE 4-2-1959, Stork, Rec. p 43.

⁴ CJCE 12-11-1969, Rec. p 419, concl. K. Roemer. Cf. J. Vergès, Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire, *in* Mélanges J. Boulouis, Dalloz, 1991, p 513.

⁵ V. respectivement CJCE 17-12-1970, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. p 1125, concl. A. Dutheillet de Lamothe ; 14-5-1974, Nold, RTDE 74 p 624 concl. A. Trabucchi ; 28-10-1975, Rutili, Rec. p 1219, concl. H. Mayras. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques constitue également une source dont la Cour tient compte ; v. par exemple CJCE 17-2-1998, Grant, Rec. p 621, concl. M.B. Elmer.

⁶ Respectivement, F. Sudre, Introduction, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée précitée ; D. Simon, La communauté de droit, *in ibid.*

⁷ Ex : comme les droits de la défense font l'objet d'un PGD, la CJCE peut examiner le moyen pris de leur violation sans devoir préalablement se prononcer sur la question de savoir si le cas de l'espèce concerne une

168- La protection des droits fondamentaux par la CJCE légitime les décisions prises par les institutions communautaires ¹, ce qui était indispensable, car ces décisions ne pouvaient demeurer sans contrôle alors qu'avant le transfert de compétences, elles étaient soumises dans l'ordre interne à des limitations dans l'intérêt des libertés des citoyens ². La Cour de Luxembourg contrôle également la conformité avec les droits fondamentaux des réglementations nationales, dès lors que celles-ci entrent dans le champ d'application du droit communautaire ³. Elle laisse aux Etats une marge d'appréciation.

169- La méthode utilisée par la CJCE pour apprécier une mesure portant atteinte aux libertés dont elle assure le respect correspond aux critères désormais connus : les restrictions doivent répondre à des objectifs d'intérêt général, l'intervention doit être proportionnée au but visé, enfin elle ne saurait porter atteinte à la substance même (*the very substance*) du droit protégé ⁴.

S'agissant de la première condition, les institutions communautaires justifieront en principe l'atteinte réalisée par des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union européenne, tandis que les Etats avanceront surtout des motifs tirés de l'ordre public. De manière générale, mais peut-être est-ce un peu trop exigeant, il faudra « une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société »⁵.

L'exigence de proportionnalité répond au « critère de l'alternative moins restrictive » : il s'agit de vérifier s'il n'existait pas, par rapport à la mesure attentatoire litigieuse, une alternative entraînant une restriction moindre au droit considéré ⁶. Cela permettra de

contestation sur des droits de caractère civil au sens de l'article 6 de la CEDH : W. Van Gerven, concl. sur CJCE 5-10-1994, X c/ Commission, point 35, Rec. p 4737. Pour une liste des PGD dégagés, cf. par exemple M. Darmon, La prise en compte des droits fondamentaux par la CJCE, RSC 1995 p 23s, spéc. p 31s.

¹ V. Di Bucci, in A. Barav et Ch. Philip (dir.), Dictionnaire juridique des Communautés européennes, PUF, 1993, V° droits fondamentaux. Cf. également J.M. Bergeal, *op. cit.*, p 82 : la garantie des droits constitue « une assise démocratique supplémentaire, consolidant les fondations d'une intégration politique plus poussée ».

² G. Cohen-Jonathan, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, Rev. du Marché commun 1978 p 74.

³ CJCE 11-7-1985, Cinéthèque, § 26, Rec. p 2605 ; 30-9-1987, Demirel, § 28, Rec. p 3719 ; 18-6-1991, E.R.T., § 42, Rec. p 2925. Sur le sujet : F. Zampini, La CJCE gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire", RTDE 1999 p 659.

⁴ CJCE 13-12-1979, Hauer, Rec. p 3727 concl. F. Capotorti, JDI 81 p 174 n. VI. Constantinesco ; 13-7-1989, Wachauf, Rec. p 2609 concl. F.G. Jacobs ; 5-10-1994, X c/ Commission, D. 95 p 421 n. J.-L. Clergerie.

⁵ CJCE 27-10-1977, Bouchereau, Rec. p 1999.

⁶ W. Van Gerven, concl. sur CJCE 23-5-1990, Van den Burg, Rec. p 2143. Du même : Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux, Journ. des Tribunaux 1992 p 305. Pour une étude sur le principe de proportionnalité, cf. J. Guégan, Les méthodes de la Cour de justice des Communautés européennes, Th. Rennes I, 1979, p 781s.

sanctionner les atteintes allant au-delà du nécessaire, spécialement celles qui comporteraient pour certaines catégories de sujets de droit des contraintes excessives par rapport aux exigences ¹.

L'intangibilité de la substance du droit fondamental fixe une limite infranchissable. Elle dispense *a contrario* l'auteur de la règle de droit critiquée de préserver, pour l'exercice d'une liberté, « toutes les facultés qui peuvent en constituer le contenu »². Par exemple, lorsque l'Irlande interdit que soient fournies aux femmes enceintes des informations à caractère d'assistance relativement à des avortements légalement pratiqués à l'étranger, l'atteinte à la liberté d'expression (principe général du droit communautaire eu égard aux traditions constitutionnelles des Etats membres et à l'article 10 de la CEDH), n'est pas substantielle, car elle ne fait obstacle ni aux autres types d'information ni à la liberté d'expression sur la caractère admissible de l'avortement ³. De même, lorsqu'un règlement communautaire interdit pour trois ans toute plantation de vigne, en raison de la surproduction, la Cour prend soin de relever que les propriétaires restent libres de disposer de leurs terrains et de les affecter à tous les autres usages non interdits ⁴.

170- Il reste à préciser que la méthode utilisée par la CJCE a été pour l'essentiel consacrée dans les textes, d'abord par la Déclaration des libertés et droits fondamentaux adoptée par le Parlement européen le 12 avril 1989, puis par le projet de Constitution de l'Union européenne voté par le Parlement le 10 février 1994 : les droits et libertés « ne peuvent être restreints, dans des limites raisonnables et nécessaires dans une société démocratique, que par une règle de droit qui respectera en toute hypothèse leur contenu essentiel »⁵. La formule conviendrait sans doute à la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, ce qui contribue à l'influence largement convergente des solutions européenne et

¹ G. Cohen-Jonathan, chron. précitée, p 87.

² A. Trabucchi, concl. sur CJCE 14-5-1974, Nold, précité.

³ W. Van Gerven, concl. sur CJCE 4-10-1991, Society for the protection of unborn children Ireland, Rec. p 4685. En l'espèce, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la légalité de l'atteinte car elle a estimé que la réglementation nationale ne se situait pas dans le cadre du droit communautaire. Dans la même affaire, la Cour EDH a jugé l'ingérence disproportionnée dès lors qu'elle ne distinguait pas selon l'âge et l'état de santé des intéressés, ni selon les raisons pour lesquelles les informations étaient sollicitées : Cour EDH 29-10-1992, Open Door et autres c/ Irlande, RTDH 93 p 335s, obs. F. Rigaux.

⁴ CJCE 13-12-1979, Hauer, précité.

⁵ Article 26 de la Déclaration du Parlement, JOCE n° C-120 du 16-5-1989. Cf. également article 22 du Titre VIII du projet de Constitution, JOCE n° C-61 du 28-2-1994. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 se situe dans le prolongement de ces textes, même si son article 52 énonce les conditions de limitation de l'exercice des droits et libertés dans un ordre incongru (respect du contenu essentiel, nécessité, et enfin réponse effective à des objectifs d'intérêt général ou à la protection des droits d'autrui).

communautaire sur la conduite que doit adopter le juge interne face à des actes juridiques privés attentatoires aux droits fondamentaux.

§ II : Une influence convergente sur le droit privé.

171- Les dialectiques européenne et communautaire doivent d'abord influencer le juge judiciaire pour une raison simple, déjà évoquée pour les jurisprudences administrative et constitutionnelle : un sentiment légitime prescrit de ne pas tolérer d'un acte juridique privé ce que des juridictions supranationales ne tolèrent pas d'une loi, d'un Etat ou encore de la Commission de Bruxelles. Cela implique un certain mimétisme, le juge judiciaire étant conduit à s'inspirer des méthodes précédemment décrites.

Une considération est en revanche spécifique à l'influence des solutions de la CJCE et de la Cour EDH : ces deux juridictions peuvent intervenir au cours ou au terme de la procédure nationale, peuvent retenir la responsabilité de l'Etat... éléments absents s'agissant de l'influence du raisonnement des juges administratif et constitutionnel. Le juge interne trouve là une raison de plus de s'aligner sur les conceptions supranationales, raison très persuasive au demeurant puisqu'il s'agira notamment pour lui de prévenir une possible condamnation de son pays ¹.

172- Les modes d'intervention des Cours de Strasbourg et Luxembourg diffèrent. Leurs décisions ont néanmoins un résultat analogue dans la matière qui nous retient : elles peuvent susciter une modification du droit privé en vigueur, que celle-ci soit législative ou purement jurisprudentielle, et au bout du compte, une modification concrète des actes juridiques entre particuliers. A cet égard, l'influence de l'analyse européenne est certaine (**A**). Celle issue du droit communautaire apparaît pour l'instant de façon moins évidente compte tenu du champ de l'étude. Elle ne saurait pour autant être négligée dès lors qu'elle suit la même direction (**B**).

A- Influence certaine de l'analyse européenne.

173- Quels sont les ressorts de la pénétration en droit privé interne des critères dégagés par la Cour EDH à l'égard des atteintes étatiques aux droits fondamentaux ?

¹ Par l'intermédiaire de son juge interne, chaque Etat est ainsi conduit à pratiquer « une sorte de responsabilité internationale préventive », consistant à « désamorcer à temps » les situations qui pourraient s'avérer contraires aux normes supranationales : O. Jacot-Guillarmod, *Intervention relative au Rapport "Responsabilités incombant aux Etats parties à la Convention Européenne"*, in *Actes du 6^o colloque international sur la CEDH*, Séville, 1985, éd. Nijhoff, 1988, p 783.

Il convient d'abord de remarquer que le juge judiciaire ne peut pas appliquer à la lettre la méthode européenne. Il en est ainsi s'agissant de l'exigence formelle d'une loi, source de l'ingérence aux libertés. Dans l'hypothèse que nous étudions, c'est en effet un simple acte juridique qui est soumis au juge interne. Il ne faut pourtant pas y voir un réel obstacle à l'application des critères européens car, outre que l'exigence d'une loi a été assouplie pour admettre le droit jurisprudentiel, cette condition semble inhérente à l'approche "verticale" de la problématique des libertés caractérisant le libellé de la Convention. Il est donc vain de vouloir soumettre formellement à cette exigence les relations interindividuelles. Cependant, il est possible, si on le souhaite, d'y parvenir. Il suffit de relever par exemple qu'une clause explicite devient **loi** (des parties) par le biais de l'article 1134 du Code civil¹. Quant aux actes juridiques unilatéraux, il est souvent possible de leur trouver une loi de rattachement, dont ils ne sont que la mise en œuvre².

174- Une fois cette condition formelle éludée, le juge interne peut soumettre l'acte juridique privé à la "grille d'évaluation" que la Cour EDH a adoptée pour jauger les atteintes étatiques aux droits fondamentaux. Plus encore, il faut considérer qu'il serait bien inspiré de le faire. Comme l'a indiqué le commissaire du gouvernement M. Abraham au Conseil d'Etat, « il importe, dès lors que la France a reconnu le droit de recours individuel devant les organes de Strasbourg, que le juge national que vous êtes ne s'en tienne pas à l'exercice d'un contrôle moindre que celui du juge européen sur des questions analogues »³. La Cour EDH peut en effet être conduite à se prononcer malgré la dimension horizontale d'un litige : elle vérifiera si une atteinte privée portée à une liberté ne peut pas engager la responsabilité de l'Etat, les organes judiciaires de ce dernier n'ayant pas apprécié de manière suffisamment étroite la validité de l'acte en question. D'où l'intérêt pour le juge interne de faire en sorte de tarir à la source toute possibilité de condamnation de son pays.

¹ Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, *in* colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié, GP 1996, 3, 1427. L'argument est sans doute spécieux car seules « les conventions **légalement** formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », ce qui est précisément la question qui se pose au juge.

² Exemple : lorsqu'un OPHLM interdit d'utiliser une antenne parabolique sur un balcon, portant ainsi atteinte au droit à l'information garanti par l'article 10 de la CEDH, c'est sur la base de l'article 1, alinéa 2 de la loi du 2 juillet 1966 modifiée, qui permet de s'opposer à l'installation d'une antenne individuelle dès lors qu'est faite une offre de raccordement à un réseau interne à l'immeuble (T.I. Strasbourg 19-11-1996, LPA 17-12-1997 p 25 n. L. Bartmann).

³ R. Abraham, concl. sur CE, Ass, 19-4-1991, Belgacem, Babas (deux arrêts), RFDA 91 p 502. Pour une application contentieuse de cette dialectique, v. les affaires *Smith & Grady*, et *Lustig-Prean & Beckett*, du 27 septembre 1999, dans lesquelles la Cour EDH condamne le Royaume Uni pour violation de l'article 13 de la Convention, car un recours interne ne saurait passer pour effectif dès lors que le contrôle du juge national sur la mesure incriminée apparaît trop restreint au regard de celui qu'exerce la Cour dans ce type d'affaire (JCP 2000, I, 203, n° 36 obs. F. Sudre).

175- Dans l'hypothèse décrite, l'action exercée à Strasbourg par un particulier victime d'un acte privé attentatoire à ses droits fondamentaux s'analyse comme un recours "en carence" dirigé contre l'Etat ¹. Pour aboutir, elle suppose avant tout que s'agissant du droit considéré, la Cour européenne mette à la charge de l'Etat des obligations d'intervention positive s'étendant jusqu'aux relations interindividuelles. Il faut ensuite que, au fond, la Cour décide que le pays considéré devait effectivement faire en sorte que son droit en vigueur condamne l'acte privé litigieux. A cet égard, il est *a priori* possible de relever que le contrôle effectué par la Cour à l'égard d'une carence étatique diffère de celui qu'elle effectue sur une ingérence classique, en sorte que le fait pour le juge interne de soumettre un acte privé à une vérification "calquée" sur le contrôle européen des ingérences étatiques ne serait pas propre à éviter une condamnation internationale de l'Etat pour carence. En réalité l'objection n'est qu'apparente.

176- Certes, l'engagement de la responsabilité d'un Etat pour ne pas avoir fait respecter les droits fondamentaux entre particuliers répond à une analyse spécifique, qui ne passe pas méthodiquement par la recherche d'un mobile, d'une réaction proportionnée et préservant la substance de la liberté. De façon générale, il s'agira en l'occurrence de s'assurer d'abord qu'il existe un « lien direct » entre l'intervention requise de l'Etat et la préservation du droit fondamental considéré ². Surtout, la Cour EDH veille en principe à ne pas imposer à l'Etat une intervention spontanée d'une ampleur déraisonnable ³ : l'intensité des mesures étatiques requises procède d'un juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu lésé ⁴, équilibre d'autant plus difficile à évaluer que l'Etat jouit par principe en ce domaine d'une marge d'appréciation ⁵.

¹ G. Cohen-Jonathan, La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français, in F. Sudre (dir.), Le droit français et la CEDH, 1974-1992, Actes du colloque de Montpellier, éd. Engel, 1994, p 1s, spéc. p 7.

² Cour EDH 24-2-1998, Botta c/ Italie, D 98 SC p 371 obs. N. Fricero, RTDC 99 p 498 obs. J.-P. Marguénaud, RTDH 99 p 595 obs. B. Maurer.

³ V. la formule de l'arrêt Gustafsson c/ Suède : « les autorités nationales peuvent être obligées, dans certaines circonstances, d'intervenir dans les relations entre des personnes privées en adoptant des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le respect effectif du droit à la liberté de ne pas se syndiquer » (Cour EDH 25-4-1996, § 45, D. 97 p 363 n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly).

⁴ R. Bernhardt et H. Petzold, Rapport de la Cour EDH, in Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, IX^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, éd. du Conseil Constitutionnel, 1994, p 659s, spéc. p 675. Il s'agit d'une des figures du principe de proportionnalité.

⁵ Quand il est question des "human rights in the private sphere", on considère en outre que la marge d'appréciation des Etats doit être plus large qu'à l'habitude : A. Clapham, Human Rights in the private sphere, Th. Oxford, Clarendon Press, 1993, p 345.

Les concepts maniés dans cette hypothèse ne sont pas, on le voit, fondamentalement éloignés de ceux utilisés pour apprécier une ingérence étatique. Il est révélateur à cet égard que la Cour estime parfois que lorsqu'il est reproché une carence étatique dans la protection des libertés entre agents privés, il est indifférent de considérer l'affaire sous l'angle d'une ingérence à justifier ou sous celui des obligations positives de l'Etat ¹. Le contrôle européen procède dans les deux cas du même esprit ². Aussi l'objection précédemment formulée perd-elle, en pratique, de sa pertinence. Le juge interne a donc bien intérêt à adopter *ab initio* le raisonnement européen appliqué aux ingérences étatiques.

177- La justification d'un tel comportement est accentuée par le fait qu'il arrive parfois aux organes de la CEDH eux-mêmes de soumettre, sans d'ailleurs le dire toujours ouvertement, un acte ou un comportement privé aux standards des ingérences étatiques. Quatre exemples peuvent illustrer cette attitude singulière mais importante.

Dans une première affaire où le salarié d'une fondation pour l'immigration se plaignait de la résiliation de son contrat de travail fondée sur son adhésion active à un parti politique hostile aux étrangers, la Commission EDH était conduite à examiner si les faits reprochés à la fondation, personne morale de droit privé, pouvaient engager la responsabilité des Pays-Bas, la résiliation du contrat ayant été prononcée par un tribunal de ce pays ³. La Commission vérifie alors si l'ingérence dans l'exercice des libertés d'expression et d'association du requérant était justifiée aux termes des paragraphes 2 des articles 10 et 11 de la Convention. Elle estime que cette ingérence tendait à protéger les droits des personnes susceptibles de s'adresser à la fondation et que l'employeur pouvait tenir compte des répercussions dommageables que pouvaient avoir les activités politiques du requérant sur la réputation de la fondation.

Un cas assez semblable est soumis de nouveau à la Commission en 1986. Un médecin salarié d'une fondation catholique et dont le contrat de travail prévoyait comme cas de résiliation la méconnaissance grave des principes moraux de l'Eglise, est licencié pour avoir exprimé dans la presse une opinion favorable à l'avortement. Les juridictions allemandes, jusqu'à la Cour Constitutionnelle fédérale, se prononcent en faveur de la fondation. Pour relever l'absence de carence de la part des juges de droit interne, et donc de la part de l'Etat

¹ Cour EDH 9-12-1994, Lopez Ostra c/ Espagne. La Cour s'en tient à une pesée générale des intérêts en présence.

² Sur cette hypothèse d'un régime uniforme : O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant Bruxelles, 1999, p 358.

³ Com. EDH 8-3-1985, Van Der Heijden c/ Pays Bas, DR 41 p 264.

dans l'exécution de ses obligations positives, la Commission EDH avance le raisonnement suivant : les convictions du salarié étaient essentielles pour l'exercice de ses fonctions, il existait un rapport raisonnable entre la mesure affectant sa liberté d'expression et l'importance de la question pour l'employeur, enfin le salarié était à l'abri d'une contrainte portant atteinte à la substance de cette liberté ¹. Puisque telle est l'approche des instances européennes, le juge interne a tout intérêt à développer à la base un contrôle similaire.

178- Dans un arrêt récent (*Fuentes Bobo c/ Espagne* ²), la Cour a dû une nouvelle fois se prononcer sur un cas d'atteinte d'origine privée à la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention. Un employé de la Télévision espagnole (TVE), entreprise de droit privé, avait été suspendu pour avoir critiqué dans un journal les actions de ses dirigeants. Le tribunal supérieur de justice de Madrid annule cette sanction mais, entre-temps, le requérant avait tenu dans des émissions de radio des propos jugés offensants contre ces mêmes dirigeants. S'ensuit une nouvelle procédure disciplinaire, et cette fois, le tribunal déclare le licenciement conforme au Statut des Travailleurs. Le Tribunal constitutionnel rejette par ailleurs le recours d'*amparo* formé par le requérant en estimant qu'il n'y avait pas eu violation du droit à la liberté d'expression. Pour condamner l'Espagne, qui avait l'obligation positive de protéger ce droit, la Cour de Strasbourg en arrive à jauger la sanction infligée à l'employé ³, montrant ainsi finalement aux juridictions espagnoles quelle aurait dû être leur approche. L'ingérence visait certes à protéger la réputation et les droits d'autrui, mais il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre la sanction et le but légitime poursuivi : elle était d'une sévérité extrême « alors que d'autres sanctions disciplinaires, moins lourdes et plus appropriées, auraient pu être envisagées »⁴.

Le dernier exemple mentionné ici concerne l'affaire *Gustafsson*. Un restaurateur avait résisté à l'offre présentée par le syndicat suédois du personnel de l'hôtellerie et de la restauration de se rattacher à un système de négociation collective. En représailles, le syndicat décidait la mise à l'index et le blocus du restaurant ⁵. La Cour administrative suprême ayant

¹ Com. EDH 6-9-1989, *Rommelfanger c/ RFA*, DR n° 62 p 151 ; sur cette décision, v. J. Duffar, Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la CEDH, RDP 1993 p 695s, spéc. p 716s.

² Cour EDH 29-2-2000, D. 2001 p 574 n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

³ La Cour ne s'en cache pas et estime qu'elle a notamment pour tâche de déterminer si la sanction imposée au requérant répondait à un besoin social impérieux (§ 44).

⁴ § 49. On relèvera au passage que le contrôle du respect de la substance du droit n'avait pas lieu d'être puisque l'ingérence était avant tout disproportionnée.

⁵ Il s'agit de faits juridiques, mais il suffit d'imaginer une clause imposant le rattachement à la convention collective, sanctionnée en cas de non-respect par de telles mesures de rétorsion, pour faire entrer l'hypothèse de l'arrêt dans le champ de l'étude.

refusé d'ordonner la suspension de ces mesures de rétorsion, la question se posait de savoir si la responsabilité de la Suède pouvait être engagée. Or, alors que la Cour était parvenue à la conclusion que la contrainte exercée n'entraînait pour l'Etat aucune obligation positive au titre de l'article 11 de la Convention, elle prend le parti de rajouter qu'elle « n'aperçoit aucune raison de douter de ce que les mesures du syndicat visaient des buts légitimes compatibles avec [cet] article »¹. Sauf à dire que cette précision n'a aucune utilité, il est tentant d'y voir l'amorce du contrôle traditionnel réservé aux ingérences étatiques, mais appliqué à une atteinte d'origine privée portée à un droit fondamental. Ledit contrôle n'a pas été mené à son terme, mais il aurait sans doute pu aboutir à déclarer les moyens déployés par le syndicat « spectaculairement excessifs »².

Dans ce cas particulier, il est bien difficile de dicter au juge interne la démarche qu'il doit adopter ; dans le doute, mieux vaut en faire trop que pas assez, et donc soumettre l'atteinte d'origine privée à un contrôle complet. Les instances européennes semblent parfois compter sur une telle diligence des juridictions nationales³.

En adoptant les critères d'analyse issus du droit européen, le juge interne se rapprocherait du même coup du modèle communautaire. Ce dernier ne s'est pour l'instant pas vraiment imposé aux juges nationaux de manière spectaculaire ; ce n'est peut-être qu'une question de temps.

B- Influence prévisible de l'analyse communautaire.

179- On s'oriente sûrement vers « une intégration accrue de la jurisprudence communautaire sur les droits fondamentaux dans les ordres juridiques nationaux »⁴. Traditionnellement pourtant, l'influence de cette jurisprudence est contenue par l'obstacle du champ d'application du droit communautaire⁵. Lorsqu'un acte juridique ne concerne en rien le domaine de compétence de l'Union, le juge interne auquel est soumis cet acte ne se

¹ Cour EDH 25-4-1996, *Gustafsson c/ Suède*, § 53, précité.

² Formule de J.-P. Marguénaud et J. Mouly, n. précitée sous Cour EDH 25-4-1996, D. 97 p 363s, spéc. p 367.

³ Cf. Com. EDH 6-9-1989, précité, qui relève que *les juridictions nationales veillent* à ce qu'aucune exigence excessive de loyauté ne soit imposée.

⁴ J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 2^o éd. 1996, p 152.

⁵ Sur le papier, cet obstacle est réel, et la CJCE retient en ce sens dans son arrêt *Grant* du 17 février 1998 (Rec. p 621, CDE 99 p 437 obs. Cl.-F. Durand et S. Van Raepenbusch) que les droits fondamentaux « ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté » (point 45).

préoccupe pas en principe du raisonnement que serait susceptible d'adopter à sa place la Cour de justice des Communautés. Ce serait pourtant une source d'inspiration susceptible d'enrichir le système national de protection des droits fondamentaux ¹.

180- Les vertus exemplatives de la technique élaborée à Luxembourg sont certaines dès lors qu'elle s'applique à des droits qui, au moins quant au contenu, sont semblables à ceux qui sont invoqués devant le juge interne. Ainsi, lorsque la CJCE manie des principes généraux issus des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, il y a fort à parier que le juge français peut trouver dans le bloc de constitutionnalité une prérogative identique ², pour laquelle il serait alors malvenu de retenir une conception divergente. L'attention à accorder au raisonnement communautaire s'impose encore plus lorsque la CJCE se saisit d'un droit fondamental déduit de la CEDH. Dans ce cas en effet, c'est la même norme qui est susceptible d'être interprétée de manière différente par les juges communautaire et interne. En pratique, la juridiction nationale est contrainte de se ranger à l'analyse de la CJCE, dès lors que c'est à titre préjudiciel que celle-ci la fournit ³.

181- Si le juge communautaire n'a évidemment pas pour rôle d'apprécier la validité de tous les actes juridiques privés au regard des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire, il ne faut pas en déduire que la portée de la technique élaborée à Luxembourg restera éternellement doctrinale. Deux arguments peuvent être avancés. D'une part, il existe des cas où la CJCE reproche à un Etat d'avoir laissé se perpétrer des atteintes aux libertés entre personnes privées ; d'autre part, l'accroissement des compétences de l'Union augmente mathématiquement et inéluctablement les interventions possibles de la Cour.

182- Dans une affaire jugée en 1997, la CJCE devait se prononcer sur le cas d'agriculteurs français qui détruisaient périodiquement des cargaisons de tomates belges et de fraises espagnoles depuis plus de dix ans. La France est condamnée pour manquement : elle n'avait pas pris les mesures nécessaires et proportionnées pour assurer sur son territoire le respect de la liberté fondamentale que constitue la libre circulation des marchandises. L'arrêt

¹ J. Rideau, Introduction, l'influence du droit communautaire sur la protection des droits fondamentaux de la personne dans les Etats membres, *in* L. Dubouis (dir.), Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres, Economica, 1995, p 5s, spéc. p 12.

² Nos juridictions ont parfaitement intégré ce jeu de miroir, mais dans une autre perspective, puisqu'un arrêt du TGI de Paris (3-3-1999, D. 99 IR p 101) laisse entendre qu'il pourrait examiner la constitutionnalité des lois dans le cadre du contrôle de conventionnalité en se référant aux principes généraux du droit communautaire découlant des traditions constitutionnelles des Etats membres : B. Mathieu et M. Verpeaux, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, JCP 2000, I, 201, n° 38.

³ L'hypothèse est celle où la Cour fournit tous les éléments d'appréciation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction interne, de la conformité d'une réglementation nationale, se situant dans le cadre du droit communautaire, avec les droits fondamentaux tels qu'ils résultent en particulier de la CEDH : *cf.* CJCE 18-6-1991, E.R.T., Rec. p 2925, concl. C.O. Lenz.

est intéressant en ce qu'il sanctionne les autorités en raison de leur passivité dans la surveillance de comportements privés¹. Il paraît riche de potentialités pour le problème qui nous retient. Certes, un simple fait juridique est à l'origine de l'affaire, et la libre circulation des marchandises constitue peut-être plus un principe fondamental de l'Union qu'un droit fondamental de l'homme². Néanmoins, on peut estimer, d'une part, que la solution de l'arrêt devrait s'appliquer si l'entrave originelle résultait d'un acte juridique et, d'autre part, que cette solution repose sur la sauvegarde d'une liberté protégée par le droit communautaire, ce qui est le cas des droits fondamentaux compris dans les principes généraux du droit communautaire.

La décision s'appuie sur des fondements juridiques précis : l'obligation de diligence frappant l'Etat repose sur l'article 30 du Traité de Rome (interdiction des restrictions quantitatives entre Etats membres), « en liaison avec l'article 5 » (obligation pour les Etats de prendre les mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant du Traité). Faut-il y voir l'expression d'un principe plus général intimant aux autorités nationales de s'opposer aux entraves d'origine privée portées aux droits protégés par l'Union ? Formellement, non ; mais à terme, ce n'est pas exclu. Aussi appartient-il au juge interne, qui est assurément un des organes de l'Etat auquel peut être imputé un manquement³, de se montrer lui-même vigilant face aux atteintes aux libertés en encadrant de manière étroite les actes des particuliers. Quelle meilleure technique pour ce faire que de s'inspirer de la méthode communautaire⁴ ?

183- L'influence de cette dernière se fera d'autant plus prégnante qu'augmenteront les matières susceptibles de ressortir au champ du droit communautaire. Or le mouvement général est bien celui d'un accroissement des compétences de l'Union⁵. Les occasions

¹ CJCE 9-12-1997, *Commission c/ France*, Rec. p 6959 concl. C.O. Lenz, Europe 2-98 p 18 obs. A. Rigaux et D. Simon, CDE 99 p 398 obs. Cl.-F. Durand et S. Van Raepenbusch. En l'espèce, le manquement ne trouvait aucune justification et, nonobstant la marge nationale d'appréciation, les mesures prises n'étaient manifestement pas suffisantes.

² *Contra* : CJCE 15-10-1987, *Heylens*, Rec. p 4097, et 7-5-1991, *Vlassopoulou*, Rec. p 2357, qui élèvent les libertés de circulation des personnes, services, marchandises et capitaux au rang de droits fondamentaux, ce qui tend d'ailleurs à faire de la liberté contractuelle transfrontalière un droit du citoyen communautaire. Cf. A. Renaut-Couteau, *La protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire*, in G. Lebreton (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, Journée d'études du Havre du 15-5-1997, éd. L'Harmattan, 1998, p 51s.

³ J. Verhoeven, *op. cit.*, p 360 ; J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, précité, p 799 ; D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Puf, 2^e éd. 1998, n° 433.

⁴ Le risque de condamnation à Luxembourg ne pourrait alors résulter que d'une divergence d'appréciation entre le juge interne et le juge communautaire (ce qui n'est jamais exclu avec le test de proportionnalité), mais la marge de manœuvre accordée à l'Etat pourrait éventuellement "sauver" la décision nationale.

⁵ « Les traités communautaires ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, *dans des domaines de plus en plus étendus*, leurs droits souverains » : CJCE 14-12-1991, avis 1/91, Rec. I-6079. Les « poches » de résistance au droit communautaire des droits fondamentaux se réduisent peu à peu comme peau de chagrin : D. Simon, *La communauté de droit*, in *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, précité.

d'intervention de la CJCE augmentent au même rythme. On prédit dès lors que l'importance de son action dans le domaine des droits fondamentaux va s'accroître ¹. Lorsque le droit en vigueur dans un Etat membre permettra que se réalisent des atteintes aux libertés dont le droit communautaire assure le respect *via* les PGD, la Cour de justice pourrait fort bien décider de réagir. Par ailleurs, si le Code civil communautaire que le Parlement de Strasbourg appelle de ses vœux ² et auquel la commission Lando travaille ³, doit contenir des dispositions imposant aux contractants le respect des droits fondamentaux, il ne fait guère de doutes que la CJCE, interprète ultime de cet eurocode des obligations, s'inspirera pour l'appliquer de la jurisprudence qu'elle a développée en matières de libertés. C'est une raison de plus pour que le juge interne prenne dès à présent l'habitude de se mobiliser lorsqu'un acte suspect lui est présenté, en suivant la dialectique de juges qui se sont spécialisés dans la protection des droits fondamentaux.

¹ J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 220.

² V. les résolutions du 26 mai 1989 (JOCE n° C. 158/400) et du 6 mai 1994 (JOCE n° C. 205/518). Pour des relais doctrinaux : G. Gandolfi, Pour un Code européen des contrats, RTDC 1992 p 707 ; Cl. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000 chron. p 79.

³ I. de Lamberterie, G. Rouhette et D. Tallon, Les principes du droit européen du contrat, vol. 1, L'exécution, l'inexécution et ses suites, La documentation française, 1997.

Conclusion du Chapitre II.

183 bis- Un auteur a évoqué « la misère de la méthodologie en matière de droits fondamentaux »¹. Nous avons tenté de montrer que cette affirmation n'était pas exacte en étudiant les approches des juges administratif, constitutionnel, européen et communautaire, lorsqu'il s'agit de statuer sur une atteinte portée aux libertés. Ces approches sont à l'évidence similaires. Certes, ces différentes autorités semblent plutôt réticentes à élaborer une véritable théorie générale des droits fondamentaux. L'explication réside cependant dans leur volonté d'avoir une approche pragmatique de la question². Les méthodes utilisées obéissent à cette préoccupation : l'atteinte infligée aux libertés est examinée concrètement dans ses différents éléments (buts, moyens, effets), ce qui implique que l'appréciation délivrée épouse les circonstances de faits. Cette solution d'espèce empêche au premier abord de discerner un message clair quant aux conditions de licéité des autres cas d'atteintes aux droits fondamentaux. Néanmoins, comme les critères maniés sont toujours les mêmes, il appartient à l'observateur attentif de prendre conscience de cette méthode constante qui, on l'a montré, s'est déjà diffusée en droit privé, ce phénomène ne devant que s'amplifier.

¹ Ch.-A. Morand, Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles, in Etudes J.-F. Aubert, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1996, p 57.

² V. en ce sens, à propos des organes de Strasbourg, G. Malinverni, Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, in Festschrift D. Schindler, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1989, p 539s, spéc. p 560.

Conclusion du Titre 2.

184- Voici plus d'un demi-siècle, un auteur retenait qu'à la « dogmatique juridique », se présentant comme un monde de concepts immobiles, il fallait faire place à une « rotation des concepts », faisant apparaître la pénétration d'éléments de droit public dans le domaine du droit privé¹. Aujourd'hui encore, cet appel résume assez bien le sentiment qui domine quand il s'agit de rechercher les moyens de soumettre les actes juridiques des particuliers à l'autorité des droits fondamentaux. Il est clair qu'en la matière, il serait illusoire de prétendre imposer une "victoire systématique" de ces derniers. Dans une ère de « relativité généralisée de toutes les valeurs »², les libertés, même fondamentales, ne sont pas absolues³. Quant à l'argument fondé sur le caractère d'ordre public de ces dernières, s'il n'est pas juridiquement faux et peut parfois constituer le soutien de solutions justifiées, il ne délivre pas une méthode assez circonstanciée dans un domaine où certains actes de disposition, partielle et mesurée, doivent être susceptibles de légitimation. Bref, de telles approches manquent de souplesse. Il faut leur préférer celles retenues par les autorités pour lesquelles les droits fondamentaux représentent « le pain quotidien »⁴. Leur manière pragmatique de juger la licéité des restrictions aux libertés s'inspire directement de la méthode déployée depuis longtemps par le juge administratif. Est-il si honteux pour le juge des relations privées d'utiliser des outils bien rodés par d'autres, outils qui ne lui sont d'ailleurs pas si étrangers que cela, et qui lui éviteraient sans doute de faire condamner son pays au plan supranational ? Il doit se résoudre à adopter une logique fluctuante ; c'est une évolution nécessaire dès lors que l'ordre juridique a intégré une part d'idéalisme en incorporant les droits fondamentaux au droit positif⁵.

¹ F. Battaglia, Le problème du contrat, Arch. phil. droit 1940 p 174.

² F. Ewald, L'Etat providence, Grasset, 1986, p 472. Cf. également H. Kelsen, Théorie pure du droit, 2^e éd. 1960, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999, p 71 : « du point de vue d'une connaissance scientifique, on ne saurait admettre qu'il existe des valeurs absolues en général ».

³ Certains dénoncent d'ailleurs que les droits fondamentaux puissent être « édictés, et aussitôt relativisés, dans une totale indétermination » : J. Bouveresse, Rapport de synthèse : des droits, quels droits ?, in G. Lebreton (dir.), L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998, éd. L'Harmattan, 2000, p237s, spéc. p 245. Le Conseil constitutionnel est critiqué lorsqu'il semble trop enclin « à considérer que les principes constitutionnels protégeant la personne humaine sont flexibles et relatifs (...) : v. en ce sens B. Mathieu, n. sous CC 27-6-2001, Loi sur l'IVG et la contraception, D. 2001 p 2533.

⁴ Selon l'expression utilisée par Ph. Jestaz à propos du Conseil constitutionnel, qu'il oppose à la Cour de cassation pour qui les droits fondamentaux seraient « le gâteau des grandes occasions » : Ph. Jestaz, Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, colloque Rennes 20/1-9-1996, Economica, 1999, p 3.

⁵ Sur cette adaptation du positivisme, v. P. Maisani et F. Wiener, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, Dr. et société 1994, n° 27, p 443s, spéc. p 459.

Conclusion de la Première Partie.

184 bis- Le constat est indéniable, les juridictions ordinaires manient désormais les droits fondamentaux. Ces précieux outils doivent leur permettre de « censurer un acte juridique contraire », que les droits violés appartiennent au bloc de constitutionnalité¹ ou au bloc de conventionnalité². Appliquée aux rapports entre personnes privées, cette situation est relativement récente car la nature des textes énonçant des droits fondamentaux (la Déclaration de 1789 par exemple) suggère selon une approche classique qu'ils constituent uniquement une garantie contre la puissance publique³. En particulier, M. Cohen-Jonathan pouvait légitimement écrire en 1978 que l'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations interindividuelles n'était pas encore évidente⁴. Désormais au contraire, le phénomène est acquis⁵, ce qui n'implique pas qu'il soit forcément du goût de tous (certains dénoncent le « dévoiement » des valeurs humanistes destinées à l'origine à affirmer une certaine intangibilité de l'individu face à l'Etat, et désormais « ravalées » au rang de droits subjectifs⁶).

La promotion horizontale des instruments relatifs aux droits de l'homme engendre des difficultés de raisonnement. Elle ne scelle pas en effet d'un coup de baguette magique le sort des actes juridiques offensant les droits fondamentaux. Dans certains cas, une atteinte pourra être validée, au terme d'une dialectique largement issue du droit public⁷. Le contrôle des

¹ B. Mathieu et M. Verpeaux, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, JCP 1997, I, 4066, n° 1.

² S'agissant de la CEDH, la méconnaissance de ses dispositions dans les rapports entre particuliers doit être tenue par le juge interne pour une cause de nullité des actes juridiques : en ce sens, O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, Droit international des droits de l'homme devant le juge national, Larcier, 1999, p 210.

³ C'est l'explication donnée par Ch. Radé (Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté, D. 1999, chron. p 323), au fait que le droit à la sûreté - reconnu notamment par l'article 2 de la DDH et 5, § 1 de la CEDH - ne soit guère exploité entre particuliers.

⁴ G. Cohen-Jonathan, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, Rev. du Marché commun 1978 p 83. Cf. encore récemment N. Jacquinot, Ordre public et Constitution, Th. Aix-en-Provence, 2000, n° 131, retenant que les dispositions de la CEDH ne sont pas opposables entre personnes privées, et signalant seulement que des auteurs s'interrogent sur l'éventualité d'un effet horizontal de la Convention. Cela confirme que la réflexion sur les devoirs de l'individu est « sulfureuse au plus haut point » (S. Braconnier, Faut-il avoir peur de la Cour EDH ?, in Mélanges Y. Madiot, Bruylant Bruxelles, 2000, p 223s, spéc. p 242).

⁵ J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 260. Dès lors, il est peut-être temps de dépasser la distinction entre effet vertical et effet horizontal « pour les fondre en un effet transcendantal » : P de Fontbressin, L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme, in Mélanges L.E. Pettiti, Bruylant Bruxelles, 1998, p 231s, spéc. p 248.

⁶ J. Raynard, obs. in RTDC 1999 p 920s, spéc. p 924.

⁷ On a parlé de contamination du droit privé par des conceptions publicistes : G. Wiederkehr, L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé, in G. Cohen-Jonathan (et al.), Droits de l'homme en

atteintes d'origine privée doit se faire en s'inspirant de la méthode appliquée aux ingérences étatiques dans les droits fondamentaux, car « l'idéal de la protection juridictionnelle est de ne pas faire de différence entre ceux qui portent atteinte aux libertés »¹.

France, Dix ans d'application de la CEDH devant les juridictions judiciaires françaises, Engel, 1985, p 139. Sur la "publicisation" du droit privé, rançon de sa constitutionnalisation : X. Prétot, Les sources du droit du travail au regard du droit public, in B. Teyssié (dir.), Les sources du droit du travail, Puf, 1998, p 150s, spéc. p 159 et 160.

¹ P. Rolland, La protection des libertés en France, éd. Dalloz, 1995, p 36.

Seconde Partie :

**Mise en œuvre du contrôle des actes juridiques privés
au regard des droits fondamentaux.**

185- La garantie des droits fondamentaux contre les atteintes suscitées par des actes juridiques doit être concrètement assurée. A cet égard, il serait totalement inconcevable d'obliger les particuliers à soumettre leurs projets quotidiens de contrats à la sagacité d'une sorte de commission des clauses liberticides. Un contrôle préventif aussi lourd s'avérerait foncièrement inadapté¹ dès lors que toute stipulation peut d'une certaine manière déclencher la suspicion au regard du respect des libertés². Si en droit social le règlement intérieur doit être communiqué à l'inspecteur du travail (article L. 122-36), cette disposition fait figure d'exception et n'entrave pas quotidiennement l'activité économique de l'entreprise.

Par principe, seul le contrôle curatif du juge est en réalité envisageable³. C'est la pratique décisionnelle suivie qu'il convient ici de mettre en lumière, voire de guider. L'activité normative des particuliers⁴ doit peu à peu s'en trouver modifiée ou en tout cas rationalisée au regard de l'autorité des droits fondamentaux. Il s'agit en somme « d'introduire un principe de discussion permettant aux citoyens d'apprécier la légitimité du droit qu'ils édictent »⁵. L'objectif est d'ailleurs plus de proposer une méthode de raisonnement applicable

¹ On considère par ailleurs que « le principe de la liberté contractuelle s'oppose à ce qu'un contrat fasse systématiquement l'objet d'un contrôle préalable de légalité avant sa mise à exécution » : X. Lagarde, Office du juge et ordre public de protection, JCP 2001, I, 312.

² Tout engagement souscrit par une personne a pour résultat de limiter sa liberté individuelle. Il faut compter d'emblée avec des actes en apparence neutres par rapport aux droits fondamentaux, mais qui s'avèrent finalement avoir un impact sur ces derniers. On citera par exemple le cas de salariés français envoyés sur un chantier en Afrique du sud et s'engageant par un avenant à leur contrat de travail à respecter les lois de cet Etat. Cet acte formellement anodin perd ce caractère quand on sait que la grève est interdite dans ce pays. Des juges du fond ont condamné cette stipulation contraire à la conception française des valeurs sociales, mais leur décision a été cassée (Soc. 16-6-1983, JDI 84 p 333 n. crit. P. Rodière).

³ En droit public, cf. M. Dran, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, LGDJ, 1968. En droit civil, cf. Y. Jouhaud, Les activités civiles de la Cour de cassation et la sauvegarde des libertés, in La Cour de cassation et les libertés, Actes du colloque du 16 juin 1988, La documentation française, 1988, p 15s.

⁴ Sur l'intégration des actes juridiques des particuliers dans la hiérarchie des normes, cf. *supra* n° 27.

⁵ J. Habermas, Droit et démocratie, Entre faits et normes, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Gallimard, 1997, p 485. Cette intention était très nette lorsqu'en 1975 plusieurs propositions de loi furent déposées sur le bureau de l'Assemblée Nationale en vue de la rédaction d'une charte moderne des libertés. Les députés souhaitaient en effet « présenter à tous ceux qui vivent dans le pays un ensemble auquel ils puissent se référer, pour agir, défendre éventuellement leurs droits et connaître les règles de vie de notre société » (cf. J. Morange, Vers une codification des libertés en France ?, RDP 1977 p 259).

en toute occasion que de fournir une liste de solutions particulières et définitives ¹. En effet, celles-ci sont toujours susceptibles d'évolution ; seul le mode d'appréhension des différents cas d'espèces peut être fixé de manière ferme.

La mise en œuvre du contrôle d'un acte juridique attentatoire à une (ou plusieurs) liberté(s) fondamentale(s) passe d'abord par une appréciation méthodique ² de cet acte, et plus précisément de sa licéité. Une fois cette appréciation effectuée, des interrogations demeurent, que l'acte ait résisté au test initial, ou y ait succombé. Aussi l'étude des étapes du contrôle (**Titre 1**) précédera-t-elle logiquement celle des suites du contrôle des actes juridiques privés au regard des droits fondamentaux (**Titre 2**).

¹ On peut reprendre ici une formule utilisée par G. Borenfreund : « plutôt que de se livrer à un inventaire détaillé et à une classification des multiples clauses, tenterons-nous simplement ici de suggérer quelques grilles d'analyse ou de méthode » (La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel, Dr. social 1992 p 893).

² La démarche est peut-être à rapprocher de la rationalisation des processus juridiques, caractéristique du courant post-moderne : J. Chevallier, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, RDP 1998 p 659s, spéc. p 685. La raison suppose en effet « l'élaboration d'un discours dans lequel les arguments s'enchaînent les uns aux autres selon une trame contraignante » : Encyclopédie Alpha, éd. Grange Batelière, 1972, V° Raison.

Titre 1

Les étapes du contrôle.

186- La dialectique utilisée par certaines juridictions, aperçue dans les pages précédentes, et qui constitue le raisonnement adéquat en matière d'atteintes aux droits fondamentaux doit être ici mise en pratique, pour ne pas dire mise à l'épreuve. Il s'agit ainsi de présenter une grille d'appréciation unique, démontrant qu'effectivement « le domaine des libertés fondamentales possède, malgré sa diversité de façade, une certaine homogénéité caractérisée par la démarche du juge »¹. Une atteinte portée au bloc de fundamentalité par un acte juridique doit ainsi être justifiée, proportionnée, et non substantielle.

187- Il convient de préciser que ce contrôle "à triple détente" est susceptible d'être utilisé dans des domaines non couverts par le champ de l'étude. On en donnera un exemple caractéristique : la légitime défense des biens. L'acte de riposte constitue en pratique une atteinte au droit au respect de l'intégrité physique du cambrioleur. De fait, l'article 122-5, alinéa 2, du Code pénal soumet la légitimité de l'acte de défense à trois conditions qui paraissent ici familières. La défense doit être justifiée, et plus précisément elle doit viser à interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien. Les moyens employés doivent en outre être proportionnés à la gravité de l'infraction, en sorte que l'acte de défense apparaisse strictement nécessaire au but poursuivi². Enfin, l'atteinte portée à l'intégrité physique du voleur ne saurait être substantielle : la légitime défense des biens ne peut consister en un homicide volontaire. Les trois exigences sont cumulatives.

188- Le propos donne l'occasion de formuler une remarque importante sur la portée de l'étude. Face à un acte juridique attentatoire aux droits fondamentaux, le juge ne procède pas systématiquement à une telle vérification en trois temps. Cela se comprend lorsque l'atteinte sort perdante dès les premières étapes du contrôle ; il est alors inutile de poursuivre le raisonnement jusqu'à son terme. Hormis ce cas, la carence judiciaire est susceptible de deux interprétations.

Un point de vue optimiste, mais peut-être un peu naïf, consistera à n'y voir qu'une carence formelle : telle ou telle étape du raisonnement, en apparence éludée, aura été conduite

¹ X. Philippe, *op. cit.*, p 342.

² Cf. la formule de J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Juris-Classeur pénal*, Art. 122-5 et 122-6, *Faits justificatifs, légitime défense*, 1996, n° 83 : « la riposte ne doit pas excéder la mesure de la résistance suffisante pour arrêter l'agression ».

en sous-main, en sorte qu'il ne faut pas s'arrêter à une formulation judiciaire elliptique procédant par raccourcis ¹.

Un point de vue quelque peu pessimiste, mais sans doute plus réaliste, analysera au contraire l'escamotage de telle ou telle phase du contrôle comme trahissant l'insuffisante prise de conscience par les juges des conséquences de l'emprise des droits fondamentaux sur les actes juridiques. Nos magistrats maîtrisent encore trop imparfaitement la méthode de résolution des conflits en la matière. La dialectique européenne, sans parler des méthodes du juge constitutionnel, demeurent toujours confidentielles dans l'enceinte du droit privé.

Quelle que soit l'explication choisie, la sévérité ne devra pas être de mise chaque fois qu'un raisonnement à trois temps en bonne et due forme n'aurait pas changé la solution de fait. En revanche, dans certains cas, le malaise inspiré par une solution (laissant indemne un acte juridique contestable) trouvera son explication dans la violation par l'acte d'une condition que le juge aurait dû vérifier.

En pratique, il conviendra d'admettre que le juge prenne la liberté de moduler son contrôle selon que l'atteinte lui paraît bénigne, courante et admissible ², ou au contraire pernicieuse et condamnable. Dans cette dernière hypothèse, le juge se montrera particulièrement méfiant et, à juste titre, il vérifiera avec la plus grande attention que chacune des trois conditions de légitimité de l'atteinte est remplie ³. Il multipliera ainsi les occasions de la condamner.

Les développements suivront les différentes étapes du contrôle : la justification de l'atteinte (**Chapitre I**), la proportionnalité de l'atteinte (**Chapitre II**), enfin son caractère non substantiel (**Chapitre III**). Une question mérite néanmoins d'être posée à titre liminaire : le consentement à l'atteinte doit-il être ajouté à ces trois exigences ?

¹ La linguistique y verra peut-être « ce plaisir et ce charme attenants aux formulations indirectes » : C. Kerbrat-Orecchioni, *L'implicite*, éd. A. Colin, 1986, p 277.

² Ce sera le cas notamment d'une atteinte à l'intégrité du corps humain par une opération de chirurgie esthétique. Selon R. Saint-Alary, « la beauté du corps est un bien trop précieux, surtout aux yeux de nos compagnes (*sic*), pour qu'on leur interdise absolument de tirer parti des progrès de la chirurgie esthétique » (*Les droits de l'homme sur son propre corps, in Troisièmes journées de droit franco-espagnol, Toulouse, Mai 1957, Annales de la Faculté de droit de Toulouse 58, tome VI, fasc. 1, p 67*).

³ On l'observera tout au long de ce titre par exemple pour les clauses de non-concurrence.

Chapitre préliminaire : Le consentement à l'atteinte ?

189- Il est très traditionnel de considérer que le consentement à un acte permet de garantir la liberté de celui qui s'engage ¹. Certains contrats ne manquent donc pas de préciser que le signataire « marque expressément son accord [et] fait un choix en tout point éclairé »². Il faut dire que la jurisprudence a parfois laissé croire que l'acceptation d'une ingérence exerçait une fonction validante sur celle-ci ³. Quelques exemples sont caractéristiques.

Dans la célèbre affaire *Dame Roy*, l'Assemblée plénière approuve la Cour d'appel de Lyon d'avoir jugé non fautif le licenciement de l'institutrice en raison de son remariage après divorce, dès lors qu'au moment de la conclusion du contrat les convictions religieuses avaient été prises en considération, « et que cet élément de l'accord de volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat (...) »⁴. En somme, à l'époque ⁵, il est estimé décisif que l'institutrice ait soi-disant délibérément accepté de mettre en sommeil sa liberté nuptiale.

Toujours au sein de l'entreprise, une jurisprudence qualifiée d'inquiétante pour les droits fondamentaux ⁶ a pu justifier l'affiliation automatique à une mutuelle par le fait que les salariés concernés connaissaient lors de leur engagement l'obligation d'adhésion résultant du contrat de travail ⁷. C'est tout de même faire bien peu de cas de la liberté d'association dont chacun sait pourtant qu'elle constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la

¹ J. Pélissier, La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne, Th. Paris II, 1977, p 119. « L'exigence du consentement traduit le respect de la liberté individuelle » : D. Thouvenin, La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?, ALD 1989 p 89, n° 51.

² La formule est issue du contrat de participation signé par les participants au jeu Loft Story, en particulier pour appuyer les limitations à la liberté de mouvement et l'absence de pratiquement tout lieu d'intimité (v. Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 5).

³ Dans une perspective similaire, la doctrine enseigne parfois qu'un droit n'est l'objet d'une atteinte que si la personne qui la subit ne l'a pas autorisée : en ce sens P. Kayser, Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, RTDC 1971 p 445s, spéc. p 495 à propos du droit au respect de la vie privée.

⁴ Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541 concl. R. Schmelck et n. Ph. Ardant, *ibid.* IR p 391 obs. J. Pélissier, JCP 78, II, 19009 rapp. Sauvageot et n. R. Lindon. Sur l'affaire, G. Dole, La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail, Union européenne, I – Droit européen et droit français, LGDJ, 1997, n° 111s.

⁵ La solution est aujourd'hui jugée dépassée ; v. sur ce point Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, *in* colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié, GP 1996, 3, 1427.

⁶ Y. Saint-Jours, M. Dreyfus et D. Durand, Traité de la sécurité sociale, tome V, La mutualité, LGDJ, 1990, p 214.

⁷ Soc. 2-6-1988, RDSS 89 p 287 n. D. Thouvenin. La chambre sociale avait déjà accueilli avec bienveillance une telle affiliation « imposée par un accord d'entreprise » : Soc. 5-6-1986, Bull. civ. V n° 290, cassant une décision qui exigeait « une volonté librement et spontanément exprimée » (la solution des juges du fond semblait donc plus respectueuse des droits fondamentaux, même si elle accordait trop d'importance au seul consentement).

République ¹. Si la chambre sociale tolère l'atteinte ainsi portée à un droit fondamental en raison du caractère bénin ou nécessaire ² de celle-ci, elle doit le dire expressément au lieu de se réfugier derrière un prétendu consentement en conscience.

D'une manière comparable, la première chambre civile laisse entendre en 1987 que lorsqu'un individu s'est prêté « sans opposition » à une enquête médico-psychologique, il a « par-là même accepté des atteintes à sa vie privée dont il n'est plus en droit de se plaindre »³. En l'occurrence, l'ingérence n'était pas d'origine privée, puisqu'il s'agissait d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge aux affaires matrimoniales, mais un sentiment général demeure : le consentement à une atteinte légitimerait cette dernière, produirait un effet absoluire ⁴. Cette forme de raisonnement a récemment été utilisée par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Rennes dans une affaire où un juge d'instruction avait commis un hypnologue-sophrologue pour procéder à la mise sous hypnose d'un témoin, qui avait préalablement donné son accord. La formation retient que « le recours à l'hypnose afin d'activer la mémoire sur un fait précis n'est attentatoire à la personne que si elle est utilisée à son insu ». Si la décision est cassée par la chambre criminelle de la Cour de cassation ⁵, c'est uniquement au motif que ce mode d'administration de la preuve compromet les droits de la défense des individus mis en examen.

¹ CC 16-7-1971, Liberté d'association, AJDA 71 p 537 n. J. Rivero, RDP 71 p 1171 obs. J. Robert. Le juge judiciaire sait très bien solliciter cette fameuse décision lorsqu'il en a besoin : v. par exemple TI Valence, 28-6-1989 (D. 90 p 93 n. R. Romi, RTDCom 90 p 222 obs. E. Alfandari et M. Jeantin). On peut penser que suite à un arrêt récent de l'Assemblée plénière, la liberté d'association fera désormais l'objet de plus d'attention : v. Ass. Plé. 9-2-2001 (D. 2001 p 1493 n. E. Alfandari, Rev. Lamy Droit des affaires 4/2001 p 26 obs. P. Delamare), cassant l'arrêt d'appel qui fondait l'obligation d'adhésion à une association sur l'approbation par les colotis d'un règlement de construction (la haute assemblée énonce que nul n'est tenu d'adhérer à une association ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre).

² Le juge administratif admet le principe d'une adhésion obligatoire quand celle-ci est « nécessairement impliquée par le bon fonctionnement du service public à l'exécution duquel participe l'association » : CE Ass, 21-10-1988, Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public, Rec. p 361.

³ Civ. 1^o, 5-5-1987, Bull. civ. I, n^o 140 ; D. 88 p 77 n. J. Massip ; *ibid.* SC p 197 obs. D. Amson ; RTDC 88 p 88 obs. J. Rubellin-Devichi ; X. Agostinelli, Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1994, n^o 376s, qui approuve la solution. Pour une jurisprudence du même ordre, v. Toulouse 17-8-1995, RJS 3/96 n^o 247 : un salarié ayant librement « accepté d'être soumis aux restrictions à sa vie privée » nécessitées par des fonctions à caractère religieux, il ne peut se prévaloir des dispositions protectrices de la vie privée (art. L. 122-45 code du travail) afin de conserver son emploi.

⁴ Peut-être convient-il de relativiser la portée de l'arrêt dès lors qu'en l'espèce, le demandeur se plaignait moins d'une atteinte à sa vie privée que des *conclusions* de l'enquête sociale ; n'étant pas dupes, les juges le déboutèrent. Sur cette analyse : B. Thullier, L'autorisation, étude de droit privé, LGDJ, 1996, p 54.

⁵ Crim. 12-12-2000, Dr. pénal 3/2001, n^o 38, obs. A. Maron (l'auteur souligne qu'on voit mal au demeurant comment quelqu'un pourrait être entendu sous hypnose sans son accord) ; D. 2001 p 1340 n. D. Mayer et J.-F. Chassaing (pour ces auteurs, dès lors qu'une personne consent à être placée sous hypnose, elle exerce son libre arbitre pour abandonner d'elle-même la possibilité de contrôler momentanément sa parole. Ils en concluent, un peu trop rapidement à nos yeux, qu'il est difficile de soutenir qu'une telle renonciation est contraire à l'ordre public).

L'argument tiré de l'accord de la personne paraît persistant. Ainsi, dans l'espèce où un candidat à un poste d'agent temporaire de la Commission européenne avait été soumis lors de la visite médicale à un examen biologique clandestin (équivalent à un dépistage du Sida), la Commission tentait de résister à l'action portée devant la CJCE en se plaçant sur le terrain du consentement. Elle soutenait que le requérant ne pouvait se prévaloir du droit fondamental à la protection de la vie privée car, « en choisissant consciemment de participer à une procédure de recrutement qui comporte une visite médicale d'embauche, il a acquiescé à une ingérence dans sa vie privée ». L'argument est repoussé par la Cour de justice, mais elle ne peut s'empêcher de répondre sur le même fondement : selon la Cour, le candidat ayant refusé de se soumettre à un test de dépistage du Sida, il ne pouvait à son insu être soumis à un test équivalent ¹.

190- Le consentement ne peut pourtant pas constituer l'élément clef pour juger de la validité d'une atteinte à des droits fondamentaux ². En effet, « la coopération de la victime aux mesures restreignant ses droits n'a pas d'incidence sur leur qualification – qui restent des ingérences »³. Celles-ci demeurent donc à justifier ⁴. Telle est l'opinion qu'exprime M. Dubouis en écrivant, à propos de certains essais menés sur l'homme, qu'il serait vain « de se fonder sur la volonté du sujet de l'expérience, du moins pour soutenir que le consentement constituerait une cause de légitimation des essais »⁵. L'accord donné à un acte illicite n'a aucune portée. De fait, en 1991, l'Assemblée plénière n'a pas tenu compte d'un argument retenu par la Cour d'appel de Paris pour valider la maternité de substitution, et selon lequel en

¹ CJCE 5-10-1994, X c/ Commission, Rec. p 4737 concl. W. Van Gerven, D. 95 p 421 n. J.-L. Clergerie, RTDH 95 p 97 n. O. de Schutter.

² *Contra* : H. Oberdorff, La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux, in Mélanges G. Peiser, PUG, 1995, p 379s, spéc. p 389, qui retient que le consentement « est la clef juridique de toute intervention sur une personne et son corps ». Du même avis, dans un tout autre domaine : G. Durand-Lépine (L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, LPA 24-7-1995 p 7s, spéc. p 9), qui retient que le consentement de l'actionnaire sert de justification essentielle aux clauses statutaires d'exclusion et permet à la société de prononcer l'exclusion sans heurter le principe constitutionnel du droit de propriété.

³ V. Coussirat-Coustère, Article 8 § 2, in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 2^o éd. 1999, p 323s, spéc. p 331. Selon le même mode, v. Cour EDH 18-6-1971, De Wilde, Ooms et Versyp : une détention peut enfreindre l'article 5 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté) même si les individus concernés l'ont acceptée.

⁴ Cf. Cour EDH 29-9-1982, Van der Musselle c/ Belgique, § 36 et 39 : à lui seul, l'accord préalable de l'intéressé n'autorise pas à conclure que ses obligations au titre de l'assistance judiciaire ne constituaient pas un travail obligatoire au regard de l'article 4, § 2, de la Convention ; ce n'est le cas qu'en raison du fondement de l'obligation (la solidarité sociale), des contreparties excluant l'existence d'un fardeau disproportionné, et du caractère raisonnable de l'obligation.

⁵ L. Dubouis, De la licéité en droit français des essais thérapeutiques sur l'homme, à but non curatif, in Mélanges Cl.-A. Colliard, éd. Pédone, 1984, p 461s, spéc. p 471.

tant que libre expression de la volonté individuelle de ceux qui y souscrivent, le procédé devait être considéré comme licite ¹.

191- En dernière analyse, et pour rester dans le domaine des conventions sur le corps humain ², on va même jusqu'à considérer que le recueil du consentement intéresse non pas la formation du contrat mais l'exécution du contrat médical déjà formé ; il s'agirait donc d'une obligation contractuelle pesant sur le médecin ³. Dans ces conditions, l'ordre des facteurs évacue de façon catégorique la possibilité que le consentement à l'atteinte constitue une condition initiale de la licéité de l'acte ⁴. Aussi ne faut-il pas en faire un critère déterminant. Une telle attitude n'aurait d'ailleurs aucune cohérence vu le champ de l'étude : l'exigence du consentement n'a pas de sens lorsque l'atteinte résulte d'un acte juridique unilatéral, telle une sanction réprimant l'exercice d'une liberté fondamentale ⁵. De même, s'agissant d'un règlement intérieur d'entreprise, le Conseil d'Etat peut tout à fait autoriser « une atteinte aux droits des personnes », « sans que le consentement des salariés soit requis » ⁶.

Reste bien sûr le cas où l'atteinte procède d'un contrat ou d'une stipulation contractuelle. A l'évidence, le consentement est requis, mais **il n'y a là aucune spécificité** : le fait que la convention lèse des droits fondamentaux n'influe pas sur la condition générale de validité posée à l'article 1108 du Code civil. Seul un élan humaniste envers les « âmes

¹ Paris 15-6-1990, JCP 91, II, 21653 n. B. Edelman et C. Labrusse-Riou ; Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, D. 91 p 417, rapp. Y. Chartier, n. D. Thouvenin, JCP 91, II, 21752 communication J. Bernard, n. F. Terré. Dans un domaine totalement différent, on relèvera que la Cour de cassation a cassé un arrêt de Cour d'appel qui prétendait que la limitation du droit de retrait d'un associé d'une coopérative agricole respectait la liberté individuelle de ce dernier dès lors que l'engagement avait été librement consenti : Civ. 1^o, 31-1-1989, JCP 89, II, 21294 obs. J.-F. Barbiéri.

² En ce domaine, la portée de la règle *volenti non fit injuria* - à celui qui consent, on ne fait pas de tort - est particulièrement amoindrie, et on réclame au moins qu'un intérêt s'ajoute à la justification de l'acte : Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, Les obligations, Cujas, 9^e éd. 1998, n^o 131.

³ L. Guignard, Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil, RRJ 1/2000, p 45s, spéc. n^o 13. Si l'on suit les termes de la jurisprudence (Civ. 29-5-1951, D. 52 p 53 n. R. Savatier), l'obligation consiste alors plus exactement à obtenir l'*assentiment* du malade. Le droit belge adopte la même analyse : v. Y.-H. Leleu et G. Genicot, Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin-patient, éd. De Boeck et Larcier, 2001, n^o 66.

⁴ Cf. J.-P. Gridel, qui relève que la licéité d'une intervention sur le corps humain constitue bien au contraire « un préalable au consentement de l'intéressé » (Introduction au droit et au droit français, Dalloz, 2^e éd. 1994, p 738). De même, pour D. Thouvenin, chron. précitée, le consentement n'est pas une condition de validité d'une relation de type contractuel qui s'instaurerait entre un médecin et son patient.

⁵ Si par extension le consentement c'est aussi la volonté de l'auteur d'un acte unilatéral (G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd. 2000, V^o Consentement), le consentement de la victime de l'atteinte, qui seul nous intéresse ici, est indifférent.

⁶ CE 8-7-1988, SA Comptoir Lyon Alemand Louyot, Rec. p 1043, où il s'agissait d'un contrôle du personnel par un appareil de détection.

d'esclaves »¹ donne à penser que la condition doit ici être accentuée. Cette intention louable est pourtant source de dangers. Si le consentement à l'atteinte était jugé "validant", la voie serait ouverte à toutes les compromissions, à tous les abandons des attributs les plus élémentaires.

192- Il n'est ainsi guère original de souligner à quel point l'exigence du consentement constitue un leurre dans les contrats d'adhésion : l'étape obligée devient « un rite et non une réalité »². De manière symptomatique, l'inégalité intrinsèque des parties conduit parfois le législateur à évoquer le « recueil » du consentement³, ce qui évacue toute idée de négociation propre à garantir une volonté éclairée. Pour ce qui est des relations salariales, on a pu relever, non sans euphémisme, que « le consentement risque d'être légèrement altéré d'un zeste de contrainte indirecte »⁴. L'argument tiré de l'acceptation des atteintes portées aux libertés n'est qu'un écran de fumée.

De la même façon, le prétendu libre choix s'avère purement chimérique quand il est le fait d'une personne en situation de détresse, guidée uniquement par le gain qu'elle pourrait tirer de la mise à disposition des parties les plus intimes de sa personne. On songe évidemment à la femme qui accepte une « location d'utérus à 10 000 F par mois »⁵ ; son consentement paraît « fondamentalement vicié »⁶.

Enfin, ne pas accorder une fonction validante au seul consentement à l'atteinte se justifie eu égard aux effets qu'impliquerait une telle admission s'agissant des incapables⁷. Il serait inadmissible en effet que le consentement "sec" du représentant suffise à rendre licite

¹ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1948, n^o 64. Pour l'auteur, le législateur ne saurait permettre la servitude volontaire.

² J.-L. Baudouin, *L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles, 1982, p 171s, spéc. p 203.

³ Par exemple, l'article L. 1122-1 du Code de la santé publique, sur l'expérimentation humaine ; cf. chron. D. Thouvenin, précitée. De même, l'article 16-3 du Code civil prévoit de façon générale qu'une atteinte à l'intégrité du corps humain suppose que le consentement de l'intéressé soit préalablement « recueilli ».

⁴ F. Kernaléguen, *Brèves remarques sur la vie privée du salarié*, in *Mélanges H. Blaise*, *Economica*, 1995, p 269s, spéc. p 274. De fait, le consentement est largement factice: cf. G. Dole, *op. cit.*, n^o 82.

⁵ J. Massip, rapport sur Civ. 1^o, 13-12-1989, Association Alma Mater, D. 90 p 273.

⁶ Y. Chartier, rapport sur Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, précité, p 422.

⁷ Aussi s'est-on demandé si la notion d'incapacité pouvait s'insérer « comme outil technique valable » dans un droit soucieux de protection des droits fondamentaux : J. Hauser, *La notion d'incapacité*, LPA 17-8-2000 p 3.

une restriction aux droits fondamentaux de l'incapable ¹. Aussi est-il impératif que d'autres conditions de fond entrent en jeu ².

Au total, le critère du consentement ne saurait emporter le jugement quant à la licéité d'une atteinte aux droits fondamentaux ³, quoique semble en penser une partie de la doctrine ⁴. « La problématique centrée sur la volonté [doit être] récusée »⁵. Il convient au contraire, dans un premier temps, de jauger la justification de l'atteinte.

¹ Les juges des tutelles s'en rendent bien compte, et n'hésitent pas à ordonner des expertises : v. les exemples jurisprudentiels donnés par Th. Fossier et M. Harichaux, La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, RDSS 1991 p 1s, spéc. p 12.

² Ainsi, la stérilisation d'une handicapée mentale, majeure sous tutelle, nécessite qu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement (v. la loi du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception), ce qui constitue la condition de proportionnalité de l'acte (*cf. infra* n° 244s).

³ On s'étonnera de fait des propos de P. Ancel (L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité, Th. Dijon, 1978, n° 13 et 19) qui, à la question de savoir si le consentement fait disparaître l'atteinte au droit, répond que la consentement de la victime exclut le caractère illicite de l'acte dommageable. (L'auteur juge cependant par la suite que la licéité de l'atteinte dépend notamment de sa justification par un intérêt suffisant - *op. cit.* n° 240 -).

⁴ M. Billiau écrit ainsi à propos de l'arrêt Spileers (Soc. 12-1-1999, étudié *supra* n° 75) : « l'attendu de principe de la Chambre sociale ne laisse (...) pas de surprendre, car, enfin, le salarié avait accepté la clause de mobilité qui figurait dans son contrat » (Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 119s, spéc. p 131).

⁵ A. Guillotin, La dignité du mourant, *in* Mélanges Ch. Bolze, Economica, 1999, p 317s, spéc. p 322. L'auteur étudie spécialement le testament de vie, par lequel une personne déclare, au cas où elle ne pourrait plus s'exprimer, refuser l'acharnement thérapeutique.

Chapitre I : La justification de l'atteinte.

193- Exiger qu'une atteinte à un droit fondamental soit justifiée consiste à imposer que soit fournie une bonne raison permettant de légitimer l'acte juridique litigieux. Il ne s'agit donc pas à ce stade d'étudier l'impact de l'acte sur la liberté considérée, mais bien d'examiner ce qui est susceptible d'absoudre l'atteinte critiquée. La recherche est celle de la justification du principe même de l'ingérence, qui doit reposer sur un intérêt digne de protection, apte à cautériser la violation de la liberté fondamentale considérée.

La satisfaction de cette exigence appelle un raisonnement en deux temps. Pour paraphraser les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Letourneur sur l'arrêt *Barel*, il convient de vérifier si l'acte litigieux est fondé sur un motif juridiquement correct, et en outre matériellement exact ¹. Afin de rendre moins abstraite cette dialectique, il paraît opportun de l'illustrer par deux exemples.

194- Dans une espèce jugée en 1972, un employeur demandait à son jeune ouvrier, qui devait manier une perceuse et une scie, soit de couper ses longs cheveux, soit de les « enserrer dans un filet ». Suite à son refus, le salarié est congédié et soutient devant la Cour d'appel de Paris que ce licenciement porte atteinte à sa liberté individuelle. Pour sa défense, l'employeur précise que la mesure exigée visait à garantir la propre sécurité du travailleur. Les juges admettent volontiers la *légitimité* de ce motif de justification, mais afin de s'assurer de sa *réalité*, ils commettent un expert ayant pour mission de rechercher si le port des cheveux longs constituait un danger d'accident ².

195- En 1997, le Tribunal d'instance d'Antony devait se prononcer sur l'article d'un règlement intérieur d'H.L.M. interdisant de façon générale la détention d'animaux dangereux (pit-bulls, rottweillers). Comme dans l'espèce précédente, le lien avec un droit fondamental était plutôt lâche, mais là encore un rattachement à la liberté individuelle ou à la liberté de la vie privée pouvait être défendu. Un texte spécial trouvait en outre à s'appliquer : l'article 10 de la loi du 9 juillet 1970, qui prohibe en matière de baux d'habitation toute clause interdisant la détention d'un animal familier, sauf conditions mises à cette détention.

Pour justifier l'interdiction édictée, l'O.P.H.L.M. énonce deux arguments. D'abord, l'objectif de l'article discuté est de prévenir toute agression et de veiller à la sécurité des locataires. Par ailleurs, il est avéré que les chiens mentionnés sont dangereux en eux-mêmes.

¹ Letourneur, concl. sur CE 28-5-1954, *Barel*, Rec. p 308.

² Paris 15-2-1972, *Casoli*, Inf. du chef d'entreprise 72 p 435.

La légitimité de la première proposition peut difficilement être contredite. La seconde en revanche ne convainc pas le Tribunal, qui n'y voit qu'une « simple allégation de dangerosité »¹.

A travers ces deux exemples apparemment anodins, il apparaît que la justification d'une atteinte résultant d'un acte juridique passe par la justification d'un intérêt à attenter aux droits fondamentaux, intérêt qui doit être à la fois légitime (**Section 1°**), et réel (**Section 2°**).

Section 1° : Exigence d'un intérêt légitime.

196- Afin de justifier l'atteinte portée à un droit fondamental, il convient de démontrer que l'on poursuit une fin humainement louable, ou au moins respectable². L'appréciation de la légitimité de l'intérêt avancé s'avère cependant délicate, car très subjective. Elle implique de porter un jugement de valeur, ce qui peut nourrir des avis divergents. Il y a toujours matière à débats³ ; par exemple, selon la formule du professeur Bernard, la recherche biomédicale est moralement nécessaire mais nécessairement immorale⁴. Dans ces conditions, comment décider si elle est susceptible de justifier des atteintes aux droits fondamentaux ?

Le contrôle de la finalité poursuivie ne doit pourtant pas s'arrêter aux premiers obstacles. Le droit commun des actes juridiques enseigne que la volonté humaine a uniquement le droit de vouloir la satisfaction d'intérêts légitimes⁵. Ce doit être *a fortiori* le cas lorsqu'un acte juridique lèse un droit fondamental. L'exigence d'un intérêt légitime est ici renforcée.

L'étude du principe (§ I) précédera celle de son application (§ II).

¹ TI Antony, 5-5-1997, GP 97, 2, 507 obs. S. Pautot. En l'espèce, l'interdiction stipulée est déclarée non écrite, mais la personne dont les chiens avaient mordu une autre locataire est expulsée pour manquements graves et répétés à l'obligation de jouissance paisible (art. 1728 du Code civil).

² E. Garaud, La violation d'un droit fondamental, Lamy Droit du contrat, 1999, étude 245.

³ Or le débat sur le légitime et l'illégitime est « nécessairement sans garant et sans terme » : C. Lefort, cité par J. Caillosse, Introduire au droit, éd. Montchrestien, 3^e éd. 1998, p 147.

⁴ J. Bernard, cité par Ch. Byk, Les progrès de la médecine et de la biologie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, éd. Conseil de l'Europe, 1994, p 66.

⁵ E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Th. Dijon, 1912, p 335s.

§ I : Principe.

Une atteinte portée à un droit fondamental doit viser à satisfaire un intérêt légitime. A l'instar du contrat qui doit pour les parties présenter un intérêt, véritable « cause-finalité de la structure contractuelle »¹, l'exigence d'un intérêt légitime à l'atteinte renvoie à la justification causale de celle-ci (A-). Pour ne pas rester trop théorique, il conviendra d'examiner quels peuvent être les critères d'appréciation de la légitimité de l'intérêt ainsi avancé (B-).

A- Une justification causale.

197- De façon générale, « la liberté de l'homme ne peut être aliénée qu'au profit d'un tiers qui y a un intérêt légitime »². L'affirmation n'est pas nouvelle. Lorsqu'un acte juridique emporte restriction d'un droit fondamental, on invite depuis longtemps les tribunaux à étendre leur contrôle jusqu'aux buts et aux motifs de l'acte considéré³. Pour Ripert, c'est la « loi morale » qui enseigne que l'homme ne doit pas sans « motif légitime » disposer de sa personne ou de sa liberté. Il proposait le précepte suivant : « tu ne disposeras pas (...) de la liberté de ton prochain pour des fins inutiles »⁴.

198- Dans ces conditions, il est possible d'utiliser la notion de cause⁵ qui, selon une vision pragmatique, réside non plus tant dans la volonté qui s'exprime mais dans l'intérêt recherché⁶. La justification d'une atteinte figurera dans sa cause subjective, dans son mobile. « Le caractère licite ou illicite d'un acte juridique est subordonné au caractère correct ou incorrect du mobile qui a inspiré son auteur », retient-on de manière générale⁷. Un auteur a certes souligné qu'en droit commun des contrats, « on ne trouve guère d'hypothèses où le

¹ J. Rochfeld, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999, n° 97. L'auteur précise (n° 86 et 88) que Plaute et Cicéron analysaient déjà la cause comme l'intérêt au contrat.

² A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960, n° 130.

³ R. Pinto, La protection des droits de l'homme par les tribunaux judiciaires en France, EDCE 1949, p 21s, spéc. p 24.

⁴ G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd. 1949, n° 24 et 30.

⁵ Concept sur lequel certains auteurs s'étaient « promis de ne jamais écrire » : R. David, Cause et considération, in Mélanges J. Maury, t. II, Dalloz /Sirey, 1960, p 111s, spéc. p 136.

⁶ M.-A. Frison-Roche, Volonté et obligation, Arch. phil. droit n° 44 (2000), p 129s, spéc. p 142. La notion d'intérêt constitue « la traduction la plus adéquate de la *causa* » : J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, Puf, 22^e éd. 2000, n° 64.

⁷ Al Djaouazīah, cité par L. Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'Abus des Droits, 2^e éd. Dalloz, 1939, n° 221.

contrat ne serait validé, justifié, qu'à la condition d'être motivé par la poursuite *d'un but particulier* »¹ ; il est vrai qu'une telle exigence prend vite « les allures d'une immixtion » dans le principe de liberté contractuelle². Il n'en demeure pas moins que lorsqu'un acte présente la particularité de violer le bloc de fundamentalité, corps de règles suprêmes et d'ordre public, il convient de sonder la rectitude de cette stipulation, d'en « tester la conformité à l'ordre juridique »³. Cette opinion est de plus en plus partagée.

Ainsi pour M. Ardant, les restrictions apportées aux libertés des salariés doivent reposer sur une « cause légitime »⁴. De même, il est acquis que la condition d'un intérêt légitime mise à la validité des clauses d'inaliénabilité par l'article 900-1 du Code civil fait figure de « cause » de l'atteinte portée au droit de propriété⁵. C'est encore la « cause subjective » qui permet aux conventions portant atteinte à l'intégrité du corps humain d'être déclarées licites ou illicites, compte tenu du but qu'elles se proposent d'atteindre⁶. Il faut retenir plus globalement qu'en toute matière, « l'atteinte aux libertés des personnes n'est justifiée que si elle a une cause »⁷.

199- Au sein des différentes acceptions de la cause, c'est donc l'analyse finaliste qui doit être ici retenue⁸. Il s'agira de « fonder l'éthique [d'une atteinte aux libertés] sur la valeur des fins poursuivies »⁹. Le critère de légitimité reposera sur la moralité du but qui sous-tend la restriction apportée au droit fondamental considéré¹.

¹ M. Fabre-Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 301s, spéc. p 308. Le droit du travail invite à plus de nuances : v. X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, *in* La motivation, Travaux Capitant, Limoges 1998, LGDJ, 2000, p 73.

² X. Lagarde, *op. cit.*, *loc. cit.*, qui indique que l'exigence de motivation, « expression d'une quête de légitimité », se justifie plus « pour les choses publiques ». Au vu des rapprochements avec le droit public qu'impose l'appréciation des atteintes aux droits fondamentaux (v. notamment *supra* n° 150), la distinction opérée par l'auteur peut ici être dépassée.

³ Ph. Simler, *Juris-Classeur civil*, art. 1131 à 1133, Contrats et obligations, Cause, Notion. Preuve. Sanctions, Fasc. 10, 1994, n° 39, à propos de la cause subjective du projet contractuel.

⁴ Ph. Ardant, Les libertés du citoyen dans l'entreprise, introduction au débat, *in* J.-M. Verdier (dir.), L'entreprise et les libertés publiques, colloque Nanterre 20/1-11-1981, *Dr. social* 82 p 428s, spéc. p 431.

⁵ Par exemple A. Sériaux, Donations et testaments, dispositions générales, clauses d'inaliénabilité, *Juris-Classeur civil*, art. 900-1, fasc. 40, 1996, n° 7.

⁶ P. Rayroux, Consentement, liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain, *Th. Paris II*, 1993, p 12.

⁷ M.-A. Moreau, La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité, *Dr. et patrimoine* 3/ 1999 p 56.

⁸ Sur la cause finale : J. Ghestin, *Traité de droit civil*, La formation du contrat, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 814 ; Ph. Simler, *op. cit.*, n° 7 et 42 ; M. Fabre-Magnan, art. précité, spéc. p 309.

⁹ H. Batiffol, cité par G. Dole, *op. cit.*, n° 216. A rapprocher des propos de L. Julliot de la Morandière : la justification de l'action de la volonté passe par la conformité du but recherché à l'ordre social et aux bonnes

200- En 1928, Josserand s'attachait déjà à démontrer l'influence des mobiles dans les actes juridiques du droit privé ². Ce que l'on retiendra particulièrement ici c'est la distinction qu'il opérait entre, notamment, deux types de mobiles : les motifs, et les « mobiles-buts ». Les premiers remontent au passé ; les seconds tendent au contraire vers l'avenir et renvoient, comme leur nom l'indique, à la téléologie ³. L'analyse s'effectue singulièrement pour deux catégories d'actes juridiques, auxquelles correspondent deux types d'intérêts légitimes.

Lorsqu'une mesure prétend sanctionner l'exercice d'un droit fondamental, sa justification s'appuie sur un événement antérieur, et l'on peut véritablement parler de motif. Si en revanche l'atteinte se manifeste par une clause contractuelle préventive, elle tend à la réalisation d'un but, destiné à être atteint postérieurement grâce à la stipulation de l'acte juridique. Dans les deux cas, motifs et buts doivent, pour valider l'atteinte aux libertés, s'avérer légitimes. Cela suppose de porter une appréciation sur cette légitimité.

B- Les critères d'appréciation.

Comment apprécier la légitimité de l'intérêt permettant de justifier une atteinte ? D'un point de vue méthodique, il faudrait soit compter sur un dirigisme législatif, soit se satisfaire d'un raisonnement intuitif propre à résoudre tous les cas d'espèces.

1/ Critères légaux.

201- Il convient assurément de s'en remettre aux commandements du législateur, lorsque celui-ci a par avance indiqué les mobiles susceptibles de légitimer certaines restrictions aux droits fondamentaux ⁴. A titre d'exemple, l'article L. 1121-4 du Code de la

mœurs (Influence des théories sociales sur la jurisprudence française en matière d'acte juridique, Extrait de la revue *Hogaku-Kyokai Zasshi* 1934 p 1s, spéc. p 30.

¹ F. Albanese, *Génétique et droits de l'homme*, Ann. européen 1985 p 39s, spéc. p 55. « Nul ne contestera que seul un but légitime puisse justifier une atteinte aux droits fondamentaux de la personne » : A. Lyon-Caen et I. Vacarie, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Mélanges J.-M. Verdier*, éd. Dalloz, 2001, p 421s, spéc. p 451.

² L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Dalloz, 1928, p 42s.

³ L. Josserand, *op. cit.*, n° 16. Sur les incertitudes de la téléologie, H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p 469s.

⁴ V. d'une certaine manière, Aristote : « parmi les actions justes figurent les actions conformes à quelque vertu, quelle qu'elle soit, qui sont prescrites par la loi » (*Ethique à Nicomaque*, livre V, chap. 15, trad. J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, 4° éd. 1979). En matière de bioéthique, on a pu souligner que « ce qui est légal est prétendu bon » : G. Mémeteau, *Bioéthique et droit : mythes ou enrichissements ?*, in *Le mythe bioéthique*, éd. Bassano, 1999, p 97s, spéc. p 103.

santé publique ¹ n'autorise les recherches médicales sans bénéfice individuel direct sur les femmes enceintes que si ces actes sont utiles à la connaissance de la grossesse ou de l'accouchement. Partant, il serait illégitime, illégal peut-on dire ici, de solliciter le concours d'une femme enceinte pour une expérience dénuée de tout lien avec son état. De même, l'article 16-10 du Code civil n'autorise l'étude génétique des caractéristiques d'une personne « qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ». Un assureur ne pourra donc pas faire de l'examen des gènes une condition de conclusion d'un contrat ².

Les prescriptions législatives en matière de droit du travail et de droit immobilier nous retiendront plus particulièrement.

a- En droit du travail.

202- En la matière, il est tentant de voir dans l'article L. 122-34 du Code du travail, qui énumère limitativement les matières pouvant faire l'objet d'une clause dans le règlement intérieur des entreprises, une liste des considérations permettant de limiter les droits des salariés : hygiène, sécurité, discipline. Il n'en est rien ; cette disposition fixe seulement le *domaine* des interventions possibles pour l'employeur. Seul l'article L. 122-35 concerne la *justification* des restrictions portées aux libertés des travailleurs. Celle-ci doit résider dans la « nature de la tâche à accomplir ».

La formule a été reprise en 1992, dans un texte concernant cette fois le contrat de travail en général, l'article L. 120-2. Son vote n'allait pas de soi puisque, au Sénat, un amendement proposait que la disposition soit ainsi rédigée: « la nature de la tâche à accomplir **ne peut apporter de restrictions** aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives »³ ! Le texte contraire qui a été finalement adopté par les parlementaires n'élude pas tout débat. S'il fixe un cadre, il n'est qu'un guide et non l'énoncé d'une appréciation automatique. La nature de la tâche accomplie varie évidemment selon les entreprises, et au sein d'une même entreprise, selon le poste occupé. Seules les nécessités induites par le travail à fournir seront pertinentes.

¹ Cette disposition est issue de la loi du 20 décembre 1988, qui s'applique même dans les situations régies par le droit privé (clinique privée, médecin libéral...). Cf. D. Thouvenin, La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?, ALD 1989 p 89, n° 61.

² F. Ewald, L'éthique du risque, in B. Feuillet-Le Mintier (dir.), Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives, Puf, 1999, p 173.

³ JO Déb. Sénat, 18-12-1992 p 4233. Le Sénat supprima d'ailleurs carrément l'article L. 120-2, au motif qu'une loi prétendant défendre les libertés ne pouvait commencer par y admettre des restrictions.

Appliquant l'article L. 120-2, l'article L. 121-6 encadre les atteintes au secret de la vie privée en prévoyant que les informations demandées au candidat à un emploi ou à un salarié « ne peuvent avoir comme *finalité* que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles »¹. La disposition est conforme aux propositions de M. Lyon-Caen². La recherche du meilleur candidat possible est assurément un intérêt légitime³.

b- En droit immobilier.

203- Droit de la copropriété et droit des baux peuvent nourrir la réflexion.

L'article 8, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 prévoit qu'un règlement de copropriété « ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient *justifiées* par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ». La destination de l'immeuble, sur laquelle on a pu dire qu'il fallait une forte dose d'inconscience et une plume bien élégante pour écrire encore une ligne⁴, est un concept flou s'il en est⁵. Le législateur souhaitait de toute façon en laisser l'appréciation souveraine aux juges du fond⁶. Il reste qu'en érigeant sa préservation en finalité des restrictions aux droits fondamentaux des copropriétaires, la loi ne fait peut-être qu'exprimer une tautologie, dès l'instant où on a pu considérer que la destination d'un immeuble consistait ...dans sa finalité⁷. Surtout, la destination est variable, en sorte que l'article considéré, s'il est un guide impératif, ne fournit aucune solution concrète.

204- En matière de baux d'habitation, l'article 4 de la loi du 6 juillet 1989 répute non écrites les clauses interdisant l'exercice d'une activité politique, syndicale, associative ou confessionnelle. Aucun intérêt légitime n'est prévu qui soit susceptible de justifier une atteinte aux libertés concernées. Certains parlementaires estimaient pourtant souhaitable d'interdire certaines activités dans un but de tranquillité de l'immeuble. La proposition a été

¹ J.-E. Ray, Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », Dr. social 93 p 103s, spéc. p 111.

² G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992, n° 119.

³ M. Aubry, JO précité, p 4219.

⁴ Ch. Atias, La copropriété des immeubles bâtis dans la jurisprudence, Librairies Techniques, 1979, p 328.

⁵ Sur le sujet, voir notamment J.-L. Aubert, Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble, RDI 1995 p 469.

⁶ E.J. Guillot, obs. sous Civ. 3°, 27-11-1973, Carvailho, JCP 74, II, 17644.

⁷ M. Paucot, concl. sur Civ. 3°, 11-3-1971 (deux arrêts), JCP 71, II, 16722.

abandonnée, visiblement par crainte d'un vice d'inconstitutionnalité¹. Cependant, pour les locataires, l'apparente oasis de libertés qui résulte du silence de la loi peut ne constituer qu'un leurre. Si l'immeuble est une copropriété, le règlement, qui on l'a vu peut valablement restreindre les libertés des copropriétaires, est en effet opposable aux locataires en toutes ses dispositions².

La loi ne règle manifestement pas la question de l'appréciation du mobile pouvant justifier une atteinte aux droits fondamentaux. La marge de manœuvre laissée au juge n'en est que plus grande³. Ne peut-on pas cependant dégager des règles générales et intuitives permettant de tester la légitimité de l'intérêt poursuivi ?

2/ Critères intuitifs.

205- Il semble envisageable de distinguer abstraitement plusieurs scénarios de justification d'atteintes aux libertés. Soit l'ingérence suspecte trouve son absolution dans l'intérêt de celui qui la subit, soit elle vise à l'opposé à satisfaire les intérêts de celui qui l'a suscitée, soit encore l'atteinte se fonde moins égoïstement sur les nobles préoccupations d'un groupement, d'une communauté, voire de l'intérêt général. A ces trois cas correspondent on le devine des jugements de valeur *a priori*, sympathie ou suspicion, conduisant le cas échéant à des présomptions de légitimité ou de non-légitimité de l'intérêt avancé. La démarche révèle néanmoins des dysfonctionnements dès lors qu'une atteinte à un droit fondamental repose parfois sur la satisfaction simultanée de plusieurs intérêts, que l'analyse proposée prétendait opposer⁴.

206- Selon le premier scénario, c'est dans l'intérêt même de celui qui la subit que l'atteinte aura été réalisée ou stipulée. Elle sert celui-là même qui s'en plaint ou qui en tout

¹ J. et F. Lafond, Les baux d'habitation après la loi du 6 juillet 1989, Litec, 2^e éd. 1994, n° 167.

² Civ. 1^o, 13-12-1965, Bull. I, n° 704.

³ Certains souligneront dès lors le risque d'arbitraire, tout en reconnaissant que c'est souvent le législateur lui-même qui, « par incurie ou par lâcheté, favorise cet empiètement du pouvoir judiciaire sur le domaine législatif », si bien qu'il s'agit « d'un arbitraire judiciaire en quelque sorte légal » (Ph. Conte, L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, JCP 1988, I, 3343).

⁴ Une attitude souple consistera à se focaliser sur l'intérêt principal, dominant. Une analyse classique considérera qu'au contraire, en cas de pluralité de motifs, il suffit qu'il y en ait un de coupable pour que l'acte soit illicite : G. Ripert, *op. cit.*, n° 35. C'est la dialectique retenue en droit pénal. Par exemple, le fait qu'un licenciement soit justifié par certains griefs ne suffit pas à mettre l'employeur à l'abri de la répression pour discrimination, s'il est établi que la mesure a été également décidée en raison de la nationalité (algérienne en l'occurrence) du salarié (Paris 20-3-1997, Juris-Data n° 020640).

cas disposerait d'une action pour le faire. Instinctivement, la motivation de l'acte paraît louable, son fondement légitime. La jurisprudence classique sur les clauses d'inaliénabilité insérées dans les legs ou donations semble ici caractéristique. L'atteinte portée au plein exercice du droit de propriété, dès lors qu'elle repose sur « une pensée bienfaisante à l'égard du gratifié », est « en quelque sorte purifiée »¹. Il apparaît bien par exemple dans l'intérêt d'un mineur que la fortune qui lui est léguée soit immobilisée quelque temps jusqu'à ce qu'il ait atteint une certaine maturité et dépassé l'âge de l'inexpérience ou de la légèreté². De même, de nombreuses conventions sur le corps humain ont naturellement pour finalité d'améliorer la santé de ceux qui subissent à cette occasion une atteinte à leur intégrité physique. Leur légitimité en découle d'autant plus qu'en l'occurrence le but poursuivi pourra le cas échéant être rattaché à la satisfaction d'un droit lui-même fondamental (droit à la vie protégé par l'article 2 de la CEDH).

L'analyse est similaire s'agissant de certaines contraintes parfois mal ressenties au sein de l'entreprise : telle ou telle obligation vestimentaire, constituant une atteinte (certes très modeste) à la liberté individuelle³, visera souvent en réalité à protéger le salarié contre les dangers inhérents à la manipulation d'une machine dangereuse. C'est la garantie de son droit au respect de l'intégrité physique qui est donc poursuivie ! Bien sûr, il ne faut pas être naïf : l'employeur a également le souci de s'épargner les conséquences financières d'un éventuel accident au sein de l'entreprise. L'analyse est donc faussée, en ce que l'initiateur de l'ingérence poursuit également la satisfaction de ses propres intérêts. Le contrat liant les candidats du jeu Loft Story à la société productrice de l'émission⁴ constitue également un bon exemple. Si selon certains les candidats ont renoncé à leur liberté d'aller et de venir, à leur droit à l'image et au respect de leur vie privée⁵, la participation au programme peut leur

¹ R. Morel, n. sous Req. 17-3-1925, Sirey 27 p 281.

² L. Vincent, Rép. civil, V° inaliénabilité, 1973, n° 80 et les nombreux arrêts cités.

³ Sur la « liberté individuelle de se vêtir », v. l'affaire du survêtement : Soc. 6-11-2001, D. 01, IR p 3397, à propos d'une salariée en contact avec la clientèle de l'entreprise.

⁴ Un inspecteur du travail l'a analysé comme un contrat de travail et a considéré les participants comme des intermittents du spectacle : v. Le Monde, 12 mai 2001. Il faut dire que selon le règlement du jeu, les candidats ne peuvent discuter aucune des décisions ou instructions formulées par la production, sous peine de renvoi (v. Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 5) ; quant aux sommes attribuées pour le temps passé dans l'appartement, elles correspondent étrangement au salaire minimum (D. Cohen et L. Gamet, Loft Story : le jeu-travail, Dr. social 2001 p 791).

⁵ En ce sens : D. Cohen, Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 6. On fera cependant observer que l'atteinte à la première liberté est limitée dans le temps ; l'atteinte à la vie privée a pour sa part été réduite en cours de jeu par la mise en place de plages horaires non filmées ; quant à la cession du droit à l'image, il aurait seulement fallu prévoir une limite temporelle (v. sur ce dernier point O. de Tissot, Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 6 ; plus généralement Ph. Malaurie, Droit civil, les personnes, les incapacités, Cujas, 5° éd. 2000, n° 335). En ce qui concerne la prétendue atteinte à la dignité humaine (sur laquelle ont notamment insisté F. Terré – L'indigne Loft

ouvrir une carrière professionnelle des plus prometteuses ; de son côté, la société de production espère vendre à bon prix son programme à la chaîne de télévision M6.

207- Dans le deuxième scénario envisageable, l'atteinte portée à une liberté trouve sa justification dans le contentement des seuls intérêts de celui qui la stipule. A l'évidence, ce cas de figure déclenche la suspicion. Dès lors, la rigueur s'impose pour apprécier l'éventuelle légitimité de la cause de l'acte considéré, cela n'excluant d'ailleurs pas que ce dernier puisse sortir vainqueur du test. L'exemple des clauses d'inaliénabilité mérite ici d'être repris. La jurisprudence se montre en principe clémente et admet plutôt facilement que ces clauses soient justifiées par l'intérêt, en l'occurrence égoïste, du disposant. Il s'agira par exemple de garantir le paiement d'une rente viagère stipulée au profit des codonateurs ¹. Plus souvent, l'intérêt légitime est reconnu dans la volonté de voir ses anciens biens demeurer dans leur famille d'origine.

Une autre illustration réside dans les questionnaires des assureurs relatifs à un éventuel état pathologique, voire à l'appartenance à une population dite à risques. A l'évidence, la pratique se heurte à l'article 9 du Code civil et à l'article 8 de la CEDH (droit au secret de la vie privée). Le mobile de l'assureur consiste dans la recherche, pour lui essentielle, des modalités de l'aléa couvert, permettant d'anticiper le coût des sinistres à venir et de moduler en ce sens les primes perçues ². Cet intérêt personnel correspond simplement aux fonctions de la profession ³. Il ne peut néanmoins tout justifier, et l'accord signé le 3 septembre 1991 entre les représentants de l'assurance et le ministère de la santé prévoit notamment l'expurgation des questionnaires de toute question relative au comportement sexuel. En revanche, l'assureur semble autorisé à demander à l'assuré s'il a fait un test de dépistage HIV et d'en indiquer le résultat ⁴. Pour admettre cette ingérence, faut-il considérer qu'il en va plus généralement du montant raisonnable des primes demandées à **tous** les assurés, l'intérêt bien compris de

Story, Libération 15 mai 2001 – et A. Lepage – De quelques points de rencontre entre le droit et l'émission *Loft-Story*, Communication Com. électronique 6/2001 p 8), il faut certainement la relativiser (des jeunes gens, certes filmés, jouent au bord d'une piscine, ce qui ne relève pas forcément d'un traitement dégradant) ; cela n'empêche pourtant pas, au bout du compte, de condamner cette aventure télévisuelle (*cf. infra* n° 256).

¹ Civ. 1°, 20-7-1982, Bull. civ. I, n° 267.

² Ph. Pierre, Sida. Les implications assurantielles de la pandémie, *in* B. Feuillet-Le Mintier (dir.), *Le Sida, aspects juridiques*, Economica, 1995, p 71. Une information relative à la santé « peut être légitimement demandée par un futur assureur si elle est pertinente pour la connaissance des risques à assurer » : D. Gutmann, *Le droit au respect de la vie privée dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, propos sur la définition du droit au respect de la vie privée*, LPA 23-10-1998, p 18s, spéc. p 21.

³ « Il ne peut y avoir d'assurance sans mutualisation des risques, ce qui suppose une évaluation précise de chacun d'eux » : B. Beignier, *Secret médical et assurance des personnes*, D. 1999 chron. p 469. Dans le même sens : F. Ewald, article précité.

⁴ C. Petit, *concl. sur Civ. 1°, 7-10-1998*, JCP 98, II, 10185.

l'assureur rejoignant ici le bien-être économique du pays tout entier ? Un auteur écarte radicalement cette possibilité¹. En tous cas, cela montre encore une fois que toute impression *a priori* et catégorique sur la légitimité de l'intérêt avancé est perturbée par la pluralité des justifications envisageables.

208- Le troisième scénario possible correspond à celui où l'atteinte aux droits fondamentaux peut prendre appui sur la satisfaction des intérêts d'un groupement déterminé, d'une communauté, voire de la communauté en général. Le but poursuivi n'est ici aucunement égoïste et rejoint au contraire les exigences de l'intérêt public. Le parallèle est grand avec les motifs avancés par l'Etat dans une relation de type vertical avec ses administrés. Pour cette raison, la réaction première ne peut être que bienveillante. Elle devrait par exemple être observée lorsque l'acte juridique attentatoire répond à l'intérêt de l'entreprise. On peut considérer que l'intérêt économique de cette entité participe à l'intérêt économique du pays, et donc à l'intérêt général² : « les entreprises privées assurent une sorte de service public au profit de la collectivité »³. L'intérêt de l'entreprise devrait ainsi légitimer une clause interdisant aux salariés détenant des secrets de fabrique d'épouser ou de vivre en concubinage avec un salarié appartenant à une entreprise rivale⁴. L'évasion des méthodes spécifiques de production pourrait en effet conduire à la ruine de l'entreprise, synonyme de licenciements massifs.

209- Comparable à l'intérêt de l'entreprise selon certains⁵, l'intérêt social paraît constituer une justification valable à certaines violations des droits de la défense perpétrées au sein des sociétés⁶. L'urgence à sauvegarder cet intérêt propre à l'entité, et situé au-dessus des

¹ O. de Schutter, Epidémie du Sida et droits de l'homme, RTDH 1994 p 59s, spéc. p 79. La Cour EDH ne semble pourtant pas totalement hostile à ce type d'argumentation. Dans sa décision Verlière c/ Suisse du 28 juin 2001, elle approuve des juridictions civiles d'avoir reconnu l'intérêt d'un assureur, *agissant dans l'intérêt de la collectivité des assurés*, à faire surveiller la requérante par des détectives privés afin de lever les doutes sur la réalité des lésions corporelles de celle-ci (résultant d'un accident de la circulation).

² V. notamment les propos de M. Cossa, Le contrôle de la Cour de cassation : enjeu du débat social, in La Cour de cassation et les libertés, colloque précité, p 79s, spéc. p 83.

³ R. Poplawski, n. sous Soc. 16-12-1944, JCP 46, II, 3206. Egalement P. Durand, La fonction publique de l'entreprise privée, Dr. social 1945 p 246.

⁴ On ne se prononce pas ici sur les autres étapes du contrôle (v. notamment *infra* n° 308).

⁵ J. Paillusseau, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP éd. E, 1984, 14193.

⁶ Il faut bien avoir conscience que « c'est en toutes matières que le principe du respect des droits de la défense a valeur constitutionnelle », pas seulement en matière pénale : R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 13° éd. 1999, n° 78.

intérêts des associés, ne peut-elle pas légitimer la révocation d'un dirigeant ¹ prononcée en violation du principe de la contradiction ?

Avant la loi du 24 juillet 1966, la révocation des administrateurs devait être inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée d'actionnaires, sauf urgence provoquée par des événements graves et imprévus. Cette théorie dite des incidents de séance ² semblait autoriser, lorsque ses conditions d'application étaient remplies, qu'une révocation soit prononcée alors même que l'administrateur concerné ne pouvait à l'évidence avoir eu le temps de préparer sa défense ³. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1966, les juges continuent à vérifier si la violation des droits de la défense qui résulte parfois de la précipitation de la révocation *ad nutum* ne peut pas être justifiée par certaines circonstances ⁴, supposées mettre en danger l'intérêt social ⁵. Les arrêts les plus récents privilégient néanmoins les droits de la défense, et on ne trouve plus trace d'une éventuelle justification tirée d'un impératif de célérité lié aux menaces pesant sur la société ⁶. La jurisprudence souligne bien au contraire que donner au dirigeant la possibilité de présenter ses observations permet aux organes de contrôle de la société d'exercer au mieux leur mission ⁷.

Toujours en droit des sociétés, l'intérêt social et plus précisément le souci de garantir une saine gestion de la société, peut être considéré comme l'élément légitimant l'inaliénabilité temporaire des actions de fonction, par lesquelles les administrateurs sont en quelque sorte ligotés jusqu'à l'obtention du quitus de leur gestion.

210- Ce bref tour d'horizon des atteintes aux droits fondamentaux *a priori* justifiées par l'intérêt commun qu'elles visent à satisfaire peut se terminer par des références au droit

¹ Pour une analyse récente de la question, v. notamment M.-H. de Laender, La révocation des dirigeants sociaux, Dr. des sociétés 5/2000, p 4.

² Cf. D. Bureau, Juris-Classeur Sociétés, V° Administration, statut des administrateurs, fasc. 130, 1998, spéc. n° 54 ; Ph. Reigné, Révocabilité *ad nutum* et faute de la société, Rev. des sociétés 1991 p 499s, spéc. p 501s.

³ V. Com. 6-5-1974, JCP 74, II, 17859 n. J.-J. Burst, Rev. des sociétés 74 p 534 n. Ph. Merle. En l'espèce, les conditions d'application de la théorie n'étaient pas remplies.

⁴ Com. 22-1-1972, Rev. des sociétés 74 p 101n. M.-A. Coudert.

⁵ D. Cohen, n. sous Paris 27-10-1995, Rev. des sociétés 96 p 84, spéc. p 91.

⁶ Com. 24-1-1998, Quentin, Bull. Joly 98 p 527 n. C. Prieto ; JCP éd. E, 98, p 1305 obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Dr. des sociétés 6-98 n° 9 n. D. Vidal. Sans doute faut-il considérer que les impératifs de célérité ne sont pas incompatibles avec le respect des droits fondamentaux : L. Idot, Les droits de la défense, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999.

⁷ Paris 5-3-1999, D. affaires 99 p 678 obs. M.B., qui met en avant l'utilité pour le conseil de surveillance lui-même de préserver les droits de la défense du membre du directoire révoqué. On rappellera que les membres d'un directoire sont révocables sur juste motif (art. 121 de la loi du 24 juillet 1966 – art. L. 225-61 du Code de commerce –), cette révocabilité contrôlée étant évidemment plus propice au respect de la contradiction.

immobilier. Il n'est pas rare par exemple que dans les centres commerciaux isolés, le règlement de copropriété comporte une clause de non-concurrence ou au moins une disposition interdisant de changer la nature du commerce exercé¹. La légitimité de l'atteinte à la liberté d'entreprendre reposera alors sur un intérêt collectif évident² : maintenir une variété stable de commerces divers dans un quartier excentré et permettre ainsi le ravitaillement normal de la population³.

De même, lorsque la jurisprudence se prononce en faveur de la licéité de la clause d'un règlement de copropriété prohibant l'étendage du linge aux fenêtres et balcons de l'immeuble⁴, la légitimité de principe de cette atteinte, certes anecdotique, au droit de jouissance et donc au droit de propriété ne réside-t-elle pas dans la sauvegarde d'un intérêt commun ? La préservation du cadre de vie est en effet un élément parmi d'autres concourant à la paix sociale, un cadre négligé allant souvent de pair avec la détresse urbaine. Certes, pour les copropriétaires, la clause contribue également au maintien du standing de l'immeuble, et donc de sa valeur patrimoniale. Là encore, la justification de l'atteinte est ambivalente, ce qui démontre une nouvelle fois l'inadéquation des critères intuitifs, du moins en ce qu'ils permettraient une prise de position incontestable quant à la valeur de l'intérêt légitimant. Si l'exigence d'un intérêt légitime est indubitable, son application ne peut être faite qu'au cas par cas.

§ II : Application.

Seule une approche concrète permet d'illustrer la mise en œuvre de l'exigence d'un intérêt légitime à attenter aux droits fondamentaux. Cependant, comme le relevait Josserand, les mobiles sont « ondoyants »⁵. Il faut donc se contenter d'étudier d'une part quelques intérêts refoulés (**A-**), et d'autre part quelques intérêts légitimés (**B-**).

¹ Sur le sujet, voir J. Monéger, L'organisation de la concurrence dans le préambule des statuts d'un centre commercial, JCP 1986, éd. E, II, 14726.

² R. Brun, obs. sous Civ. 3°, 14-12-1976, AJPI 77 p 732.

³ V. Civ. 3°, 25-11-1980, Bull. civ. III, n° 184, et Y. Serra, La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (droit interne et communautaire), Dalloz, 1991, n° 193.

⁴ Civ. 3°, 27-11-1973, Carvailho, précité.

⁵ L. Josserand, *op. cit.*, n° 15. Labbé avait déjà indiqué qu'il fallait "flotter" « sur la mer infinie des mobiles de la volonté humaine » (cité par J. Dabin, La théorie de la cause (Art. 1131-33 du Code civil), Etude d'Histoire et de Jurisprudence, Th. Liège, Bruxelles 1919, *passim*).

A- Des intérêts refoulés.

Certaines contraintes ou finalités ne sauraient constituer une justification à la violation des libertés. Il n'est pas possible d'être exhaustif sur le sujet ; tout au plus peut-on examiner quelques voies.

1/ Amélioration de la productivité et recherche exclusive du profit.

211- Dans une perspective humaniste, le respect dû à la primauté de la personne doit en principe s'imposer par rapport aux intérêts purement économiques et égoïstes ¹. Ces derniers ne peuvent à eux seuls légitimer une ingérence d'origine privée dans les droits fondamentaux.

C'est au sein de l'entreprise que ce principe est potentiellement le plus lourd de conséquences. A cet égard, les objectifs de M. le ministre Auroux n'étaient pas dénués d'ambiguïté. Il souhaitait certes rompre avec l'excessive soumission aux contraintes économiques et la recherche du profit immédiat, mais envisageait seulement de faire pénétrer les libertés publiques au sein de l'entreprise « dans les limites compatibles avec les contraintes de la production », les droits nouveaux des salariés devant en outre permettre de « libérer les forces créatrices de l'entreprise »². Ceci explique peut-être mieux les compromis se dégageant des textes adoptés en 1982. Si, par exemple, l'article L. 122-35 du Code du travail prévoit une possibilité de justification (par la nature de la tâche à accomplir) des restrictions portées aux libertés, le législateur a refusé d'admettre formellement que les exigences du bon fonctionnement de l'entreprise puissent à elles seules constituer une telle justification ³.

¹ De manière similaire a été soulignée « la primauté absolue de la dignité humaine sur toute considération utilitariste économiciste » : F. Ost, cité par M. Terestchenko, Philosophie politique, 1. Individu et société, éd. Hachette, 1994, p 135.

² J. Auroux, Les droits des travailleurs, rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, 1982, p 3 et 8.

³ B. Teyssié, Les libertés des travailleurs dans l'entreprise (Loi n° 82-689 du 4 août 1982), JCP 1983, éd. CI, II, 14017, et les références aux débats parlementaires. Selon un auteur (X. Lagarde, La nature juridique de la cause de licenciement, JCP 2000, I, 254), la Cour de cassation a par ailleurs condamné la conception purement capitaliste de l'entreprise selon laquelle cette dernière n'aurait d'autre but que l'accroissement du capital et pourrait légitimer toutes les mesures de nature à limiter ses charges. Le constat est juste mais la décision citée en appui (Soc. 24-4-1990, Bull. civ. V, n° 182) laisse quelque peu le lecteur sur sa faim.

212- Une autre illustration de l'impossible justification d'une atteinte par des arrière-pensées uniquement mercantiles concerne les clauses de non-responsabilité pour les dommages causés à la personne ¹.

Un professionnel est souvent tenté de s'exonérer par avance d'une éventuelle indemnisation du préjudice corporel qui pourrait lui être reproché. Son intérêt est-il propre à justifier l'atteinte portée à ce que certains considèrent comme un droit fondamental, la réparation du dommage corporel ? L'indemnisation du préjudice constitue en effet « la réparation satisfaisante de l'atteinte à un droit de la personnalité fondamentale : l'intégrité de l'être »². Les instances européennes font de l'intégrité du corps humain un élément du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la CEDH ³, et l'article 16-1 du Code civil énonce que chacun a droit au respect de son corps.

La jurisprudence n'avait pas attendu ces deux dispositions pour fustiger ce type de clauses. En 1934, la Cour de Toulouse écarte ainsi une clause de non-garantie d'accidents contenue dans l'affiche d'une attraction foraine, la jugeant « sans valeur alors qu'il s'agit de l'intégrité du corps humain »⁴. Par la suite pourtant, au nom de la liberté contractuelle, les juges n'ont pas hésité à valider les clauses de non-responsabilité en cas de préjudice corporel⁵. La tolérance demeurait certes implicite puisque la question de la licéité n'était jamais posée de manière directe à la Cour de cassation ⁶. Celle-ci a pu reprocher à une Cour d'appel de s'être bornée à relever que par une clause du règlement d'une régate, l'organisateur avait décliné sa responsabilité pour tous les dommages subis, « sans rechercher si la société organisatrice n'avait pas commis une faute lourde exclusive de l'application de la clause »⁷. L'exception demeure classique mais suppose néanmoins admise au préalable la validité de la disposition. Bref, on est loin de l'audace de certaines Cours d'appel qui n'hésitent pas à

¹ Sur le sujet, v. notamment P. Esmein, Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne, *in* Mélanges R. Savatier, éd. Dalloz, 1965, p 271.

² Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, Dalloz, 3^e éd. 1996, n^o 84 et 135.

³ Ex : Com. EDH 13-12-1979, DR n^o 18 p 156 ; 10-12-1984, DR n^o 40 p 251.

⁴ Toulouse 23-10-1934, DP 35, 2, p 49 n. L. Mazeaud. Cf. également un arrêt de la Cour d'Aix du 20 février 1962 (contre lequel un pourvoi est rejeté par Com. 19-10-1965, D. 66 p 238), qui juge qu'une clause d'un billet de passage exonérant le transporteur de toute responsabilité pour les dommages aux clients, n'est pas valable à l'égard du préjudice corporel, « parce que contraire au principe d'ordre public de l'intégrité de la personne humaine ».

⁵ G. Baron, obs. sous Civ. 1^o, 8-11-1983 et Paris 24-5-1983, D. 84, IR p 486.

⁶ V. ainsi Civ. 1^o, 29-6-1989, Bull. civ. I, n^o 265.

⁷ Civ. 1^o, 8-11-1983, GP 84, 1, p 384 n. F. Tarabeux. Cf. également Com. 19-10-1965, précité, qui souligne la faute lourde commise par le transporteur, laquelle lui retire la faculté d'invoquer la clause exonératoire.

énoncer que « doivent être invalidées toutes les clauses de non-responsabilité portant sur le corps humain »¹.

C'est en ce sens qu'évoluent les législations récentes. A titre d'exemple, dans la liste indicative des clauses pouvant être regardées comme abusives, le législateur de 1995 a placé en première position celles ayant pour objet ou pour effet « d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci » (Code de la consommation, article L. 132-1, annexe 1, a). Ajoutée aux autres textes qui condamnent aujourd'hui les clauses de non-responsabilité en cas de dommages causés à la personne ², la disposition contribue à forger un principe d'interdiction de ce type de clauses, que des considérations financières ne sauraient justifier ³. Il y va du respect dû au corps, et même, selon un auteur, du respect de la dignité de la personne humaine ⁴.

213- A l'évidence, des visées basement matérielles n'excuseront pas plus les actes juridiques qui organisent une atteinte cette fois directe au droit au respect de l'intégrité physique ⁵. Deux espèces célèbres méritent d'être citées.

Dans la sombre affaire dite de la rose tatouée, une jeune fille avait pris partie à une pitoyable et rocambolique convention de tatouage et de détatouage. Les juges stigmatisent heureusement cette « cruelle, sanglante et inesthétique exérèse [réalisée] afin de s'emparer du prélèvement corporel, en vue d'un profit mercantile » (vente ultérieure "au prix d'un Picasso")⁶.

¹ Paris 23-12-1985, GP 86, 2, somm. p 441.

² Cf. Ph. Delebecque, *Juris-Classeur civil*, art. 1146 à 1155, Régime de la réparation, 2, 1998, n° 42 (le domaine est principalement celui des transports).

³ Pour un élément de droit comparé, un arrêt américain annulait en 1963 une clause déchargeant un établissement médical de toute responsabilité en raison des actes de négligence, fautes ou omissions de ses salariés. L'espèce était intéressante puisqu'il s'agissait d'une institution charitable, qui avançait le faible coût des interventions facturées au client (Ch. H. Baron, *Les aspects contractuels de la relation du médecin et du patient en droit américain*, GP 22-3-2000 p 34).

⁴ D. Mazeaud, *Le régime de l'obligation de sécurité*, GP 1997, 3, doct. p 1201.

⁵ Sur le sujet, v. Th. Revet, *L'argent et la personne*, in *Mélanges Ch. Mouly*, livre I, Litec, 1998, p 141. Le corps humain ne doit pas constituer, en tant que tel, une source de profit : article 21 de la Convention de 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine (v. J. Sayah, *Dignité humaine, biologie et médecine*, in P. Arzac, J.-L. Chabot et H. Pallard (dir.), *Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, éd. L'Harmattan, 1999, p 225). On gardera à l'esprit que cette convention adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ne lie que les Etats, qui doivent certes sanctionner les atteintes portées aux droits qui y sont énoncés : v. L. Dubouis, *La convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, RDSS 1998 p 211s, spéc. p 216.

⁶ TGI Paris, 3-6-1969, GP 69, 2, p 57 n. A.T.

La palme de l'espèce la plus « lamentable »¹ revient à une convention passée entre « une femme âgée et besogneuse » et un médecin, autorisant ce dernier à mener des pratiques de vivisection, en l'occurrence effectuer sur un sein, et un seul, une opération de redressement, dans un but uniquement publicitaire. La convention est jugée incompatible avec la dignité humaine².

Parfois, les atteintes à la dignité prétendent s'appuyer sur une justification beaucoup plus intolérable que la recherche du profit.

2/ Racisme et eugénisme.

214- Dans l'affaire déjà mentionnée où le *post scriptum* d'un testament prévoyait la révocation du legs si sa bénéficiaire « épousait un juif », l'annotateur anonyme à *la Gazette du Palais* demandait qu'on analysât le mobile inspirant la *de cuius* : et si, loin d'avoir voulu faire échec au principe d'égalité des individus comme le décide le Tribunal civil de la Seine, la testatrice avait eu des sentiments respectables³ ? On se demande néanmoins lesquels. L'interrogation est plus que provocatrice, elle est injurieuse. Au surplus, elle s'avère mal fondée. Si parfois une discrimination peut en effet être justifiée par le souci de promouvoir un groupe sous-représenté (discrimination positive, dite aussi action affirmative), ce n'était évidemment pas le cas en l'espèce : la testatrice avait tout simplement des préjugés religieux, et même plutôt raciaux dans leur conviction (le testament avait été rédigé en juin 1944). Ces préjugés antisémites ne sauraient avoir un caractère respectable dans un Etat de droit⁴. Partant, ils ne peuvent en aucune façon légitimer une atteinte aux droits fondamentaux.

215- Lorsque le racisme franchit la porte médicale et scientifique, il se meut bien souvent en eugénisme. Cette théorie préconise l'amélioration du patrimoine génétique humain. Elle n'est que le stade avancé et perfectionné de la vieille idée d'une sélection des individus. Pour cette raison, elle a les forts relents d'une expérience traumatisante, l'instauration d'une grande Allemagne, peuplée d'hommes supérieurs⁵, expérience qui a

¹ A. Decocq, *op. cit.*, n° 146.

² Lyon, 27-6-1913, DP 14, 2, p 74 n. H. Lalou.

³ T. civ. Seine 22-1-1947, GP 47, 1, p 67, et les observations.

⁴ V. *mutatis mutandis* Cour EDH 1-2-2000, Schimanek c/ Autriche : « le national-socialisme est une doctrine totalitaire incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme ». Cf. plus généralement F. de Fontette, *Le racisme et les Droits de l'homme*, in 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 247.

⁵ Sur ces données historiques, v. notamment M. Rolland, *Le respect de l'homme et l'expérimentation médicale*, in *Mélanges R. Cassin*, t. I, Pédone, 1969, p 247s, spéc. p 257.

précisément suscité la volonté de garantir désormais les droits fondamentaux. On comprend ainsi que l'eugénisme, cette « gigantesque entreprise de purification du capital génétique de l'humanité »¹, visant à fabriquer des êtres humains plus beaux, plus grands, plus forts ou plus intelligents², n'est pas susceptible de justifier des atteintes portées à l'intégrité de la partie la plus irréductible du corps humain, les gènes. L'article 16-4 du Code civil formalise ce principe³. Néanmoins, comme il ne convient pas d'opposer aux progrès de la recherche médicale « l'expression d'une indignation trop facile »⁴, ce même article prévoit des cas où les manipulations génétiques pourront se prévaloir d'objectifs respectables. Si par principe « la science n'a rien à dire quand la morale parle »⁵, elle retrouve une marge de manœuvre lorsque au contraire la morale commande d'agir.

B- Des intérêts légitimés.

216- L'article 16-4, alinéa 3, du Code civil prohibe toute mutation des caractéristiques portées par les gènes, « sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques ». La préservation de la santé est assurément un intérêt permettant de justifier les atteintes aux droits fondamentaux. C'est également le cas de la préservation de la sécurité, tout comme de la sauvegarde de la spécificité d'un bien, d'une entreprise ou institution. La liste est loin d'être exhaustive.

1/ La préservation de la santé.

217- La sauvegarde de la santé constitue sans doute la justification la plus noble à une atteinte à un droit. Quoi de plus louable que de meurtrir (temporairement) l'intégrité physique d'un individu en vue d'améliorer (durablement) sa condition ? Le soigner le rendra plus à même d'exercer ses droits fondamentaux. Un mourant ne peut à l'évidence profiter des

¹ F. Albanese, *Génétique et droits de l'homme*, Ann. européen 1985 p 39s, spéc. p 50. Sur le même thème : B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, ed. Economica, 2000, spéc. p 70s.

² Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, n° 10.

³ Sa valeur constitutionnelle semble en outre être désormais consacrée : v. CC 27-6-2001, Loi sur l'IVG et la contraception, D. 2001 p 2533 n. B. Mathieu.

⁴ D. Kessler, concl. sur CE, Ass., 2-7-1993, Milhaud, RFDA 93 p 1002.

⁵ J.-B. d'Onorio, *Biologie, morale et droit*, JCP 1986, I, 3261.

libertés inhérentes à sa condition d'être humain. Le sauver de la maladie est une finalité dont la légitimité peut difficilement être mise en doute.

Les conventions ayant le corps humain pour objet seront donc justifiées dès lors que leur but visera à sauvegarder la vie ou la santé ¹. La finalité médicale, évoquée par l'article 16-3 du Code civil, répond à l'intérêt même de la personne. Pour prendre un exemple longtemps controversé, l'opération de changement de sexe sollicitée par une personne souffrant du syndrome transsexuel a pour but de prévenir l'automutilation ou le suicide ², et donc de préserver son intégrité physique ³. Partant, le traitement médical destiné à mettre en concordance le sexe physique avec le sexe psychologique doit être considéré comme justifié ⁴.

Parfois, une intervention sur le corps, pour n'être pas imposée par un besoin physique, se justifiera néanmoins par un besoin moral ⁵. On pense ici à certaines opérations de chirurgie esthétique. Il faut considérer, avec le Doyen Auby, que lorsque des imperfections physiques peuvent entraîner des troubles pathologiques, une intervention constitue plus qu'un acte de réconfort : c'est un véritable acte médical à finalité curative ⁶. Sa justification sera donc admise.

218- La protection de la santé d'un individu peut conduire à ce que lui soient imposées certaines contraintes. On admettra aisément que dans le souci d'empêcher l'inhalation de vapeurs toxiques ou des brûlures occasionnées par des projections, les ouvriers de telle ou telle usine soient astreints à porter des "masques" fort peu esthétiques voire légèrement étouffants. Toujours en vue de protéger la santé des individus, peut-on dans certaines hypothèses imposer au candidat à un poste de travail de se soumettre à un examen médical, comportant le cas échéant un dépistage du virus HIV ⁷ ? Certains estiment que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH peut se justifier car

¹ A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. de législation et de jurisprudence 1933 p 362s, spéc. n° 8.

² I. Arnoux, Les droits de l'être humain sur son corps, PU de Bordeaux, 1994, p 205.

³ Cf. M. Maymon-Goutaloy (De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme, D. 1985, chron. p 211s, spéc. p 216), qui évoque la protection du droit à la vie.

⁴ Com. EDH 1-3-1979, Van Oosterwijck. On ne se prononce pas ici sur son caractère proportionné (sur lequel, v. *infra* n° 252 et 265).

⁵ Lyon 27-5-1936, DH 36 p 465.

⁶ J.-M. Auby, Le droit de la santé, Puf Thémis, 1981, *passim*. Quand les opérations de chirurgie esthétique sont très bénignes, le contrôle de la finalité curative est largement inexistant.

⁷ L'art. R. 241-48 du Code du travail prévoit que l'examen médical a pour but de rechercher les affections dangereuses pour les autres salariés et de s'assurer de l'aptitude au travail.

il y va de la santé de la personne concernée et de celle de ses collègues de travail ¹. En 1992, la Cour d'appel de Paris a ainsi admis qu'était légitime en soi la préoccupation d'un employeur d'épargner à ses salariés les risques de contamination jugés par lui inhérents à la réaffectation dans ses fonctions initiales d'un sidéen précédemment hospitalisé ². La question demeure néanmoins très controversée ³. En outre, l'hostilité que peut susciter la présence dans l'entreprise d'une personne atteinte d'une maladie ⁴ relativement récente et peu connue fait qu'on ne sait pas trop s'il faut raisonner en termes de santé ou de sécurité.

2/ Le maintien de la sécurité.

219- Même si la dérive sécuritaire plane toujours, le souci de préserver la sécurité des personnes ⁵ mérite d'être considéré comme légitime. Sans sûreté, l'exercice concret des droits fondamentaux peut très vite être compromis. Le maintien de la sécurité doit donc permettre de justifier diverses atteintes aux libertés, principalement en droit du travail.

Dans l'affaire des *Peintures Corona*, le commissaire du gouvernement dénonçait dans l'épreuve de l'alcootest un mode d'investigation heurtant la dignité humaine. Le Tribunal administratif de Lille avait pourtant approuvé le règlement intérieur litigieux au nom de la sécurité des salariés. Si le jugement est annulé, le Conseil d'Etat n'a en tout cas aucunement contesté la légitimité de ce but ⁶. Qui pourrait concevoir que des machines dangereuses soient manipulées par des salariés ivres ?

¹ J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 1999, n° 193.

² Paris 10-4-1991, JCP 91, éd. E, II, 225 n. A. Chevillard. En l'occurrence, l'employeur est néanmoins sanctionné pour discrimination fautive car la reprise du travail ne présentait aucun danger pour la santé du salarié, ni pour celle de ses collègues. **Légitime, l'intérêt avancé par l'employeur n'était pas réel** (cf. de manière générale *infra* n° 224s).

³ Pour J.-P. Laborde par exemple (Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, Dr. social 1991 p 615), il est « tout à fait exclu que l'employeur puisse interroger le candidat à l'emploi sur une éventuelle séropositivité ». De même, pour J. Mouly (n. sous Soc. 25-4-1990 et 3-7-1990, D. 91 p 507), une telle recherche serait illicite.

⁴ Le terme est un raccourci de langage car il conviendrait toujours de distinguer entre celui qui est séropositif asymptomatique et qui, sauf professions particulières, doit être considéré comme n'importe quel autre travailleur, et celui qui développe un Sida, qui seul constitue un travailleur malade. Cf. J. Foyer et L. Khaïat, Introduction, *in* Droit et Sida, Comparaison internationale, éd. CNRS, 1994, p 7s, spéc. p 14. Dans le même ouvrage : S.S. Fluss et J. Lau Hansen, La réponse du législateur face au VIH/ Sida, p 443s, spéc. p 463.

⁵ La sécurité des biens est également concernée car la protéger, c'est protéger le droit de propriété, c'est-à-dire un droit fondamental de la personne. L'article 17 de la DDH, interdisant par principe la privation de propriété, a pour finalité première d'assurer la sécurité des biens.

⁶ CE 1-2-1980, Peintures Corona, Dr. social 80 p 310 concl. A. Bacquet ; RDP 80 p 1717 obs. J.-M. Auby. C'est le champ d'application des dispositions litigieuses qui était en l'occurrence trop vaste.

Le droit à la dignité est également avancé pour contester certains dispositifs de surveillance installés dans l'entreprise ¹. Le contrôle des déplacements se justifie néanmoins par l'impératif de sécurité lorsqu'il s'agit d'accéder à certaines zones dangereuses ², dans une centrale nucléaire par exemple.

220- C'est d'ailleurs dans ce type d'entreprise que les contraintes de sécurité sont susceptibles de justifier le plus grand nombre d'atteintes aux droits fondamentaux. Elles pourront ainsi notamment légitimer des restrictions au droit de grève ³. Le Conseil d'Etat admet ainsi que le règlement intérieur d'une usine spécialisée dans le traitement de produits nucléaires prévoit des mesures d'astreintes, « alors même qu'elles ont des incidences sur l'exercice du droit de grève pour certains salariés de l'entreprise ». Comme a pu l'indiquer le commissaire du gouvernement Maugué, l'objet de la disposition était d'abord de préserver la sécurité ⁴. En l'espèce, la protection offerte par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 (« le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent »), et sacralisée par la chambre sociale de la Cour de cassation ⁵, se trouvait neutralisée puisque les mesures litigieuses correspondaient précisément à l'application de l'article 6 de la loi du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires. La justification de l'atteinte était finalement liée à la spécificité de l'entreprise concernée.

3/ La sauvegarde de la spécificité d'un bien, d'une entreprise ou d'une institution.

221- Sans doute plus contestable que les précédents, cet objectif vise à protéger l'originalité développée par une entité au nom de la liberté d'entreprendre ou du droit de propriété. La légitimité de sa préservation prête peu à contestation dans les cas où l'atteinte à un droit fondamental paraît elle-même anecdotique. On en prendra deux exemples.

¹ O. de Tissot, Droits fondamentaux du salarié et nécessités de son emploi, *in* Colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié, GP 1996, 3, p 1423.

² G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 155.

³ Cf. également dans une usine fabriquant des pneus : TGI Havre, 15-2-1996, Goodyear (Dr. ouvrier 96 p 374, obs. M. Debliquis), retenant que si le droit de grève a valeur constitutionnelle, il doit cependant s'exercer dans le respect de la sécurité des personnes et des biens.

⁴ CE 29-12-1995, Eurodif-production (1^o esp.), Dr. social 95 p 391 concl. Ch. Maugué. Pour un cas semblable, dans une entreprise chimique, CE 12-11-1990, Société Atochem, AJDA 91 p 484 obs. X. Prétot.

⁵ Soc. 7-6-1995, Bull. civ. V, n° 180 ; Dr. social 95 p 835 obs. J.-E. Ray ; D. 96 p 75 n. B. Mathieu ; RTDC 96 p 153 obs. J. Mestre : « une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu ».

Une jurisprudence très « collet monté »¹ et déjà ancienne semble permettre d'éconduire un spectateur se présentant en négligé à un festival « d'élite ». Ce refoulement, constitutif d'une atteinte au droit à ne pas subir de discriminations, a été justifié par « le souci légitime de *maintenir le prestige* des soirées habillées »².

En matière de bail, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de préciser qu'était légitime le motif de *préservation de l'harmonie ou de l'esthétique* d'un immeuble, opposé à la volonté d'installation d'une parabole sur la façade³. L'entrave à la réception de programmes télévisés au moyen d'une antenne parabolique, qui relève du droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la CEDH selon la Cour européenne des droits de l'homme⁴, est donc en elle-même justifiée par cette préoccupation.

222- La sauvegarde de la spécificité peut-elle jouer le même rôle lorsque les atteintes se font plus prégnantes, notamment en droit du travail ? C'est le dilemme bien connu posé par les entreprises dites de tendance. La spécificité de ces entreprises vient de ce qu'elles se réclament « d'une philosophie, d'une éthique, d'un idéal, indissociables de leur objet »⁵. Il semble de ce fait légitime qu'elles souhaitent sauvegarder ce caractère propre⁶, par lequel s'affirme toute leur singularité. Il y va de la crédibilité et donc de la survie des institutions concernées.

Il n'est sans doute pas faux de relever que « toute entreprise a par définition un caractère propre qui découle de la finalité qu'elle poursuit »⁷ ; néanmoins, la qualification d'entreprise de tendance convient surtout aux écoles privées à caractère confessionnel⁸, aux

¹ Ch. Lapoyade Deschamps, n. sous Nancy 29-11-1982, D. 85 p 354.

² TGI Aix-en-Provence 6-12-1968, RTDC 69 p 353 et les obs. G. Cornu. Pour J.-Ch. Serna (Le refus de contracter, LGDJ, 1967, p 149), il s'agit moins d'un refus de contracter que d'un refus d'exécuter un contrat déjà formé, puisque le spectateur a en principe payé sa place à l'avance.

³ Paris 28-3-1995, D. 96, SC p 379 obs. CRDP Nancy II ; Loyers et copropriété 95, comm. 411. Egalement Paris 16-12-1999, D. 2000, IR p 49.

⁴ Cour EDH 22-5-1990, Autronic AG c/ Suisse, RUDH 90 p 316.

⁵ Ph. Ardant, Les libertés du citoyen dans l'entreprise, introduction au débat, in J.-M. Verdier (dir.), L'entreprise et les libertés publiques, colloque Nanterre 20/1-11-1981, Dr. social 82 p 428. Leur finalité s'avère donc moins économique qu'idéologique : J. Savatier, Liberté religieuse et relations de travail, in Mélanges J.-M. Verdier, éd. Dalloz, 2001, p 455s, spéc. p 465.

⁶ Selon P. Fieschi-Vivet, Le droit du travail dans les établissements d'enseignement privé (en particulier catholiques), RJS 6/1998 p 440, cet intérêt est « on ne peut plus légitime ». Pour . Dole, *op. cit.*, n° 128, il existe un véritable droit à la spécificité.

⁷ A. Sériaux, L. Sermet, D. Viriot-Barrial, Droits et libertés fondamentaux, Ellipses, 1998, n° 143.

⁸ Le respect de leur caractère propre constitue alors l'expression même de la liberté constitutionnelle d'enseignement : CC 23-11-1977, AJDA 78 p 565 n. J. Rivero.

entreprises de presse, associations, partis politiques ou syndicats ¹. L'essentiel est qu'une idéologie y soit véhiculée.

223- Une fois la qualification effectuée, toute la question est de savoir quel type de restrictions à l'exercice de droits fondamentaux la sauvegarde du caractère propre va pouvoir légitimer. Le Conseil d'Etat précise régulièrement qu'elle ne saurait permettre une atteinte à la liberté de conscience ². La haute juridiction administrative a sans doute à cœur de préciser que l'entreprise de tendance ne doit pas se transformer en secte endoctrinant son personnel. De leur côté, les instances européennes ont admis que la préservation de l'éthique d'un établissement, une fondation catholique en l'occurrence, justifie des atteintes à la liberté d'expression des salariés ³. La question la plus débattue s'avère toutefois de savoir si ce même mobile permet de légitimer une atteinte au droit fondamental de se marier, garanti notamment par l'article 12 de la CEDH ⁴. En 1978, dans l'affaire *Dame Roy*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait absout le licenciement de l'institutrice remariée après divorce, dès lors que « le Cours Sainte-Marthe, attaché au principe de l'indissolubilité du mariage, avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise, *en lui conservant son caractère propre et sa réputation* »⁵. Pour se prononcer en ce sens, il aurait néanmoins fallu vérifier que, concrètement, les intérêts légitimes de l'institution étaient effectivement menacés. Ce n'est qu'à cette condition que l'atteinte aurait pu être réellement justifiée. L'observation vaut quelle que soit la justification d'une atteinte aux droits fondamentaux.

Section 2° : Exigence d'un intérêt réel.

224- Une ingérence dans les libertés humaines doit être justifiée par un intérêt réel. Dans l'affaire *Dame Roy*, le premier avocat général Schmelck, non suivi par l'Assemblée plénière, l'avait bien compris. Il proposait de donner gain de cause à l'enseignante, dès lors

¹ G. Dole, *op. cit.*, n° 130.

² S'agissant du règlement intérieur d'établissements d'enseignement privé : CE 20-7-1990, Association familiale de l'externat Saint-Joseph (Dr. social 90 p 862 concl. M. Pochard) ; 27-7-1993, Institution privée mixte de Monistrol-sur-Loire (Dr. social 93 p 842 concl. M. Pochard).

³ Com. EDH 6-9-1989, Rommelfanger c/ RFA, DR n° 62 p 151. V. les obs. de J. Duffar, Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la CEDH, RDP 1993 p 695s, spéc. p 716s. Cf. également Cl. Lalaut, Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme, GP 1999, doct. 554.

⁴ Cour EDH 18-12-1987, F. c/ Suisse, § 32. La valeur constitutionnelle de la liberté du mariage, composante de la liberté individuelle, a également été consacrée : CC 13-8-1993, Maîtrise de l'immigration, cons. 107.

⁵ Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541 concl. R. Schmelck et n. Ph. Ardant, *ibid.* IR p 391 obs. J. Péliissier, JCP 78, II, 19009 rapp. Sauvageot et n. R. Lindon.

qu'il n'était pas établi que son second mariage ait **réellement** compromis les buts éducatifs propres à l'établissement. Rien ne prouvait en effet que cet événement de la vie privée de l'institutrice ait été connu des élèves ou de leurs parents ¹. En 1984, la chambre sociale de la Cour de cassation a suivi ce raisonnement pour condamner, dans une affaire semblable, le licenciement d'une enseignante remariée après divorce, dès lors notamment que les faits imputés ne perturbaient pas concrètement la bonne marche de l'établissement ².

L'exigence d'un intérêt réel à attenter aux droits fondamentaux n'est pas nouvelle : en 1849, la Cour de Bordeaux imposait déjà à un engagement de non-concurrence lié à un transfert de fonds de commerce, de reposer sur « l'intérêt **réel** de la maison »³.

On doit s'interroger sur les raisons qui justifient d'imposer une telle condition, ainsi que sur la manière dont les particuliers vont pouvoir y satisfaire. Quel est le rôle de cette exigence d'un intérêt réel ? Quels sont ses modes possibles de concrétisation ?

§ I : Rôle de l'exigence.

Imposer la démonstration d'un intérêt réel répond à une fonction importante : objectiver l'exigence d'un intérêt légitime (**A-**). Au cas particulier, l'exigence d'un intérêt réel permet de débusquer les justifications fallacieuses (**B-**).

A- Objectiver la condition de l'intérêt légitime.

225- Il convient de s'assurer que l'intérêt légitimant un acte attentatoire à un droit fondamental était réellement compromis. Ce n'est qu'à cette condition qu'une atteinte sera justifiée dans son principe. On comprend aisément en effet que la production d'un intérêt légitime ne saurait jouer comme un sésame. Il serait trop facile d'invoquer systématiquement une justification tenue pour légitime par le droit positif. Il convient donc d'exiger que tel ou tel motif louable soit opportunément avancé. C'est de pertinence concrète dont il est question

¹ R. Schmelck, concl. sur Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541s, spéc. p 546. Certains ont cependant estimé qu'en l'espèce l'institutrice remariée ne possédait plus l'aptitude nécessaire à exercer les fonctions d'enseignante dans un établissement catholique : H. Le Griel, L'atteinte portée par la Cour de cassation à des libertés fondamentales et la résistance de la Cour de Lyon, GP 1978, doctr. p 184 (l'article paraît avant la décision de l'Assemblée plénière et critique celle de la Chambre mixte du 17 octobre 1975 - D. 76 p 511 n. P. Guiho -).

² Soc. 11-12-1984, Juris. soc. 85 n° 3. L. 3 p 27. A dire vrai, l'espèce ne constitue pas un exemple totalement caractéristique d'une opposition à la jurisprudence *Dame Roy*, car au moment des faits, l'école avait de toute façon perdu son caractère catholique.

³ Bordeaux 2-8-1849, cité par M. Gomy, Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence, Th. Perpignan, 1997, p 120.

ici ; l'argument légitimant ne peut demeurer purement théorique. La Cour européenne des droits de l'homme fait précisément l'objet de critiques sur ce point. On lui reproche parfois de s'en tenir à un contrôle artificiel lorsqu'elle se livre seulement à un examen *in abstracto* de l'intérêt poursuivi, refusant d'effectuer « un plein contrôle » de cet intérêt ¹. Aussi, si la Cour de Strasbourg doit demeurer un modèle pour le juge interne, ce dernier ne doit pas se sentir obligé d'en copier les réserves ou retenues. Il faut au contraire l'encourager à apprécier *in concreto* la justification du principe même d'une ingérence dans les droits fondamentaux, ce qui incitera les particuliers à ne les léser qu'en cas d'utilité réelle. L'exigence de réalité pesant sur l'intérêt légitime s'avère essentielle, car « on peut toujours trouver une justification abstraite à la mesure la plus arbitraire »².

226- L'exigence d'un intérêt réel permet ainsi de concrétiser la cause subjective représentée par l'intérêt légitime. Les inconvénients du « psychologisme absolu »³ sont ainsi évités. En particulier, certains se réjouiront que les appréciations subjectives de l'employeur soient vérifiées *in concreto*. Consolidée par l'exigence de réalité, la possibilité d'invoquer un motif légitime ne peut plus être « un cheval de Troie » dans l'entreprise ⁴. Le motif devant reposer sur une situation objective, la réalité de la cause de l'atteinte est assurée. On rompt ainsi radicalement avec l'analyse classique refusant d'examiner l'effectivité de l'intérêt servi par l'obligation ⁵.

Pour que la condition étudiée soit remplie, des circonstances particulières devront exister. Si ce n'est pas le cas, l'atteinte aux droits fondamentaux ne pourra s'abriter derrière aucune justification ⁶. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris en 1994, le contrat de travail d'un couple de concubins engagés en qualité de gérants d'un magasin de chaussures, stipulait que leur engagement était solidaire et indivisible, et prévoyait notamment

¹ F. Priet, n. sous Cour EDH 29-4-1999, Chassagnou c/ France, AJDA 99 p 922. Formellement, la CJCE semble plus hardie quand elle indique par exemple qu'il lui appartient de vérifier si les mesures prises par les autorités nationales « poursuivent, *en réalité*, le but de garantir la sécurité publique » (CJCE 26-10-1999, point 28, D. 2000 p 485 n. J.-L. Clergerie ; *ibid.* SC p 191 obs. J. Rideau). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (18 décembre 2000) prolonge cette exigence en requérant que les limitations aux libertés « répondent *effectivement* à des objectifs d'intérêt général » (article 52).

² G. Wiederkehr, L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé, in G. Cohen-Jonathan et *al.*, Droits de l'homme en France, Dix ans d'application de la CEDH devant les juridictions judiciaires françaises, Engel, 1985, p 139s, spéc. p 151.

³ M. Défossez, Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, RTDC 1985 p 521.

⁴ Selon une image de C. Papadimitriou, Les libertés individuelles du salarié en France, en Italie et en Grèce, Th. Paris X, 1985, p 130s.

⁵ M.-A. Frison-Roche, Volonté et obligation, Arch. phil. droit n° 44 (2000), p 129s, spéc. p 142.

⁶ La question ne se posera donc même pas de savoir si elle était proportionnée.

qu'en cas de séparation et de carence de l'un d'eux, le contrat de l'autre serait résilié. A l'évidence, la liberté du couple de se séparer, et donc la liberté de la vie privée, était brimée. Pour justifier la clause litigieuse, l'employeur pouvait-il invoquer les impératifs de la tâche à accomplir, assurer une saine cogestion de la succursale ? Sur un plan théorique, la Cour d'appel semble répondre par la négative mais en l'occurrence, dans le cas d'espèce concret, c'est la réalité de l'intérêt de la société qui faisait de toute façon défaut : la société Myris ne justifiait pas que la taille du magasin nécessitât l'emploi d'un couple de gérants ¹. L'utilité pour l'entreprise du principe même de l'ingérence n'était pas mise en évidence. La clause ne pouvait donc être invoquée pour rompre le contrat.

Pour rester dans le domaine du droit du travail, il faut souligner que l'exigence d'un intérêt réel à heurter les droits fondamentaux équivaudra dans de nombreux cas à l'exigence d'une cause **réelle** de licenciement. La cause alléguée doit exister véritablement. En outre, la justification avancée doit être le véritable motif de la rupture ². On ne peut tolérer que soit fourni un argument qui, s'il peut être légitime, n'est en réalité qu'un faux-semblant destiné à se jouer des conditions de licéité des atteintes aux droits fondamentaux. L'exigence d'un intérêt réel permet de faire face à cette ruse.

B- Débusquer les justifications fallacieuses.

227- Il n'est pas rare que pour légitimer la violation de libertés, un intérêt légitime fictif soit mis en avant. On se ménage « un vague alibi », en s'abritant derrière un « motif inexact »³. C'est sans compter avec la règle selon laquelle le motif invoqué doit correspondre au but **réel** poursuivi ⁴. Le juge ne peut se laisser abuser par des justifications apparentes. Il ne sera par exemple pas dupe des « appétits commerciaux peu scrupuleux déguisés sous le prétexte plus noble de la liberté d'expression »⁵.

¹ Paris 10-3-1994, RJS 94 n° 658 ; D. 94, IR, p 139. Il convient de préciser que l'arrêt *Duarte* (Soc. 18-11-1998, D. 99 p 443 n. J. Mouly, Dr. social 99 p 192 obs. J. Savatier) a fermement condamné les clauses de rupture automatique dans les contrats de couple.

² J. Péliissier (dir.), *Droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, n° 2056s.

³ G.H. Camerlynck, *Du "motif inexact" au "fallacieux prétexte"...*, D. 1959 chron. p 129.

⁴ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p 470 (l'auteur se prononce dans le contexte de l'art. 10, § 2 de la Convention).

⁵ TGI Nanterre 28-7-1998, *Légipresse* 99 n° 158-I p 11.

Parfois la dissimulation n'a que peu de chances de fonctionner tant elle s'apparente à un mensonge grossier. Un règlement intérieur d'un groupe de boulangerie imposait aux vendeuses le port de blouses courtes, décolletées et fendues sur les côtés, au prétendu nom de l'hygiène, impératif en soi légitime. Il s'agissait bien sûr d'un vague prétexte¹ pour transformer la vente de croissants en numéro d'exhibition. En principe, les justifications fallacieuses tentent d'être un peu plus adroites, ce qui ne doit pas empêcher de les débusquer.

Dans la célèbre affaire *Epoux Barbier contre Air France*², la Compagnie défendait à l'envi son règlement du personnel navigant imposant aux hôtesse de l'air d'être célibataires : le service des hôtesse se concilie mal avec une vie familiale normale ! Si l'affaire se plaidait aujourd'hui, c'est donc l'article 8 de la CEDH qui serait invoqué pour justifier l'atteinte au droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention³. La Cour d'appel de Paris ne se laisse pas abuser par cette soudaine préoccupation de l'employeur pour les inconvénients pesant sur la vie au foyer de ses salariées. Elle n'est pas dupe du véritable but de la clause litigieuse, éluder les dispositions légales d'ordre public interdisant le licenciement des femmes enceintes, voire offrir à la clientèle masculine « l'agréable spectacle de pin-up mises à sa disposition »⁴. La justification présentée était dénuée de toute consistance réelle, elle était artificielle.

La même fermeté semble requise face à l'argumentation fallacieuse qui pourrait être soutenue par certains bailleurs dépités par la jurisprudence *Mel Yedei*⁵. Un auteur a en effet soutenu qu'une clause d'habitation personnelle pouvait s'appuyer sur un mobile légitime expressément prévu par l'article 8, § 2, de la CEDH, à savoir la protection de la santé, le bailleur souhaitant ménager un minimum de qualité de vie là où sévit le mal des banlieues⁶. Cette attention subite serait touchante mais elle ne correspond pas à une préoccupation

¹ S. Julliot, La protection des libertés individuelles des salariés en droit français, Th. Lyon III, 1991, p 150. Sur l'affaire, cf. *Le Monde* 12-1-1990. Le motif était d'autant plus fallacieux que l'on sait que peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement l'obstination d'une salariée à porter une tenue ne cachant rien de sa nudité (et de nature à créer des troubles dans l'entreprise) : Nancy 29-11-1982 (D. 85 p 354 n. Ch. Lapoyade Deschamps) et Soc. 22-7-1986 (Liaisons sociales, Lég. soc. 86 n° 5844, p 7), rejetant le pourvoi qui invoquait le droit à la protection de la vie privée et à la liberté vestimentaire.

² TGI Seine 15-6-1961, Dr. social 62 p 91 n. J. Morellet ; Paris 30-4-1963, D. 63 p 428 n. A. Rouast, RTDC 63 p 570 obs. G. Cornu.

³ Ce qui semblera assez singulier aux personnes pour lesquelles il n'est pas de vie familiale possible sans mariage préalable...

⁴ P. Voirin, « Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie », A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1963, D. 1963, chron. p 247.

⁵ Civ. 3°, 6-3-1996, Bull. III, n° 60 . Cf. *supra* n° 73.

⁶ R. Martin, Bail d'habitation et Convention européenne des droits de l'homme, Annales des loyers 1997 p 1159.

véritable. L'intérêt avancé, sorti du chapeau comme l'arme de la dernière chance, ne représente pas le but réel poursuivi ¹.

Il convient pareillement de condamner l'argument d'un employeur américain qui prétend renvoyer un employé séropositif d'un centre de santé au motif « altruiste » que la santé du salarié serait menacée par le contact permanent avec des malades infectieux ². La sincérité des égards de l'employeur paraît plus que fragile.

L'exigence d'un intérêt réel permet d'écarter les justifications purement factices. Il convient cependant d'indiquer plus positivement les modalités possibles de concrétisation de cette exigence.

§ II : Concrétisation possible de l'exigence.

228- Mettre en évidence la réalité de l'intérêt sur lequel repose une atteinte à un droit fondamental ne constitue pas toujours un lourd fardeau. Par exemple, lorsque dans une convention de mécénat, un jeune artiste (peintre le plus souvent) accepte de produire et céder à un marchand un certain nombre d'œuvres par an moyennant le versement de mensualités fixes et le partage des bénéfices, il n'est pas très difficile d'établir que l'atteinte ainsi portée à sa liberté d'expression artistique présente l'intérêt bien réel de le dégager des contingences matérielles tout en permettant son insertion dans le milieu de l'art ³, finalité louable de l'entraide. Le peintre peut exercer son talent sans avoir à faire valoir son œuvre, le marchand se chargeant d'effectuer expositions et démarches nécessaires à une bonne publicité ⁴.

¹ Il s'agit plus de se prémunir contre les dégradations dues au surpeuplement de l'appartement, et qui diminuent la valeur de l'immeuble.

² Cas rapporté par Ph. Fornaci, SIDA et exclusion du lieu de travail, *in* L. Auslander et M. Zancarini-Fournel (dir.), *Différence des sexes et protection sociale (XIX^e et XX^e siècles)*, PUV, 1995, p 205s, spéc. p 210. L'argument ne saurait plus prospérer dans l'orbite du droit communautaire ; v. *mutatis mutandis*, CJCE 3-2-2000, Silke-Karin Mahlburg : une législation nationale ne peut exclure d'un poste une femme enceinte pour la protéger des risques d'infection, alors qu'elle est jugée apte à exercer l'activité prévue.

³ Aix-en-Provence 23-2-1965, D. 66 p 166 n. R. Savatier. Si le principe de la limitation de la liberté de création est ainsi tout à fait légal (V. d'ailleurs Civ. 1^o, 7-4-1987, RTDCom 88 p 224 obs. A. Françon), cela ne préjuge en aucune manière de la licéité des conditions auxquelles est souscrite la convention.

⁴ J. Rubellin-Devichi, L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral, *in* *Etudes J. Lambert*, éd. Cujas, 1975, p 555s, spéc. n^o 33.

Toujours dans le domaine artistique, l'intérêt médiatique (et par-là professionnel) pour une vedette à se mettre en rapport avec une entreprise de presse afin que soient dévoilés au public des aspects de sa vie privée, ne suscite guère d'objections quant à sa réalité ¹.

Cependant, pour d'autres atteintes aux droits fondamentaux, établir la réalité de l'intérêt légitimant est chose beaucoup moins automatique. Une des manières de prouver que la spoliation des libertés reposait sur un intérêt réel consiste à démontrer que les circonstances appelaient un acte juridique lésant des droits fondamentaux ². L'exigence sera satisfaite s'il existait un trouble ou un risque de trouble ³. Les anglais diraient : « the danger needs to be actual or imminent »⁴. La concrétisation de l'exigence d'un intérêt réel passe ainsi par l'existence sinon d'un trouble (**B-**), du moins d'un risque (**A-**).

A- Existence d'un risque.

229- Classiquement, un risque est entendu comme un danger plus ou moins probable, un événement préjudiciable, éventuel et incertain. Ici, le risque doit cependant être suffisamment tangible pour constituer un intérêt *réel* à l'atteinte dénoncée. Le risque doit être incontestable dans son existence (ce qui laisse entière l'éventualité de la survenance du péril visé). Il ne saurait suffire de se prévaloir d'un risque en lui-même hypothétique ⁵. Une analyse en termes de cause impose ce point de vue : de même que par exemple l'assurance pour un risque *inexistant* n'a pas de cause ⁶, une atteinte aux droits fondamentaux non fondée sur l'existence d'un risque ne satisfera pas à l'exigence d'un intérêt réel.

¹ Sur cette réalité, v. R. Lindon, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Dalloz, 1976, n° 105, qui estime que pour les vedettes, toute publicité est bénéfique. Dans ce domaine, à dire vrai, la tolérance des tribunaux est manifeste et la justification de la renonciation à la parcelle d'intimité envisagée est admise dès lors que l'accord n'est pas contraire aux bonnes mœurs. Il a été jugé par ailleurs que les fans avaient un intérêt légitime à connaître la vie de leurs idoles (Versailles 16-1-1998, D. 99 SC p 168 obs. C. Bigot), ce qui peut être contesté.

² Il ne s'agit toujours pas à ce stade de l'analyse de se demander si c'est bien le bon acte (c'est-à-dire le moins attentatoire) qui a été adopté.

³ V. pour une application concrète les observations de R. Schmelck, concl. sur Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541s, spéc. p 546.

⁴ J. Weiler et I. Ehmann, Limits, in R. Bieber (et. al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 336s, spéc. p 340. Dans le même esprit, cf. CE 9-10-1987, Jurisprudence sociale UIMM 88 p 624, qui relève que la soumission à l'épreuve de l'alcootest prévue par un règlement intérieur doit uniquement consister à faire cesser une situation dangereuse ou à prévenir une situation de ce type.

⁵ CE 17-6-1987, Société Comarfa, Rec. Lebon p 222 : un simple risque éventuel de communication de renseignements, par l'employée d'une société, à son mari passé au service de la concurrence, ne saurait justifier le licenciement de cette salariée protégée.

⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, les obligations, Cujas, 9° éd. 1998, n° 511.

230- Les clauses d'exclusivité constituent un bon exemple. Afin de se prémunir contre les désagréments que ne manqueraient pas d'engendrer les activités accessoires du salarié, l'employeur peut lui faire obligation de n'exercer aucune autre activité pendant la durée du contrat ¹. La seule éventualité de difficultés ne suffit pourtant pas à justifier ce type de clause attentatoire à la liberté constitutionnelle du travail ² : l'employeur doit faire apparaître, compte tenu de la nature des fonctions exercées par le salarié, *la réalité du préjudice qui serait causé à l'entreprise* s'il exerçait une activité complémentaire ³.

Empiétant sur la même liberté, les clauses de non-concurrence appellent une analyse similaire. En 1980, la Cour d'appel de Reims impose l'exigence d'un risque réel, en relevant de manière très clairvoyante qu'une obligation de non-concurrence « ne peut être validée que s'il est établi que par ses connaissances professionnelles, par son rôle dans l'entreprise, et par les responsabilités qui lui ont été confiées, le salarié est à même d'apporter à d'éventuels concurrents de son employeur une compétence particulière »⁴. Après l'arrêt dit du laveur de vitres, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation en 1992, il ne fait plus de doute que la validité d'une clause de non-concurrence suppose que les fonctions exercées par le salarié soient telles que son éventuel passage à la concurrence représente un danger particulier pour l'entreprise ⁵. Il doit véritablement exister « un risque concurrentiel »⁶, une « dangerosité »⁷ réelle du salarié. Ce ne sera pas le cas si le salarié « occupait un emploi subalterne et n'avait pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel

¹ L. Casaux, La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles, LGDJ, 1993, p 148 et 150. Au vu de l'arrêt *Pimouguet* (Soc. 11-7-2000, Dr. social 2000 p 1141 obs. J. Mouly, Dr. et patrimoine 3/2001 p 115 obs. P.-H. Antonmattéi), l'insertion d'une clause d'exclusivité dans un contrat à temps partiel semble quasiment exclue, ce qui doit surtout être approuvé dans l'hypothèse où une telle stipulation empêcherait le salarié de percevoir une rémunération lui permettant de vivre décemment (sur cette préoccupation, v. S. Darmaisin, Le contrat moral, LGDJ, 2000, n° 642).

² Sur ce statut, cf. *supra* n° 85. Dans l'arrêt *Pimouguet* précité, la chambre sociale de la Cour de cassation évoque simplement l'atteinte « à la liberté du travail ».

³ L. Casaux, *op. cit.*, p 151, qui ne prononce certes pas le mot risque. Cf. au contraire J. Mouly (obs. précitées sous Soc. 11-7-2000) qui retient précisément que la clause d'exclusivité d'un contrat à temps plein ne sera justifiée qu'en cas de *risque* important et particulier de concurrence.

⁴ Reims 7-1-1980, JCP 80, éd. E, p 280, obs. B. Teyssié.

⁵ Y. Serra, n. sous Soc. 14-5-1992, D. 92 p 351. Cf. déjà Poitiers, 6-2-1990 (D. 90, Somm. p 332, obs. Y. Serra), qui exige que l'embauche par une entreprise du même type soit de nature à occasionner un préjudice au premier employeur.

⁶ J. Amiel-Donat, n. sous Soc. 14-5-1992, JCP 92, II, 21889, p 248.

⁷ Y. Serra, La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 1996, chron. p 245.

susceptibles de constituer un trouble dans l'exercice normal de la concurrence pour son ancien employeur »¹.

231- L'exigence d'un risque réel est requise chaque fois qu'une clause prétend agir à titre préventif. Il serait ainsi trop facile d'arguer, sans doute légitimement, qu'une atteinte à la dignité et à l'intimité de la personne se justifie par la prévention des vols, si n'existaient pas « des risques particuliers de vols dans l'entreprise ». Le Conseil d'Etat apprécie de la sorte l'intérêt de prévoir dans un règlement intérieur le contrôle du personnel par un appareil de détection et la vérification des objets emportés par les salariés². Les risques de vols sont certains dans une entreprise spécialisée dans la chimie des métaux précieux, la nature de l'activité conditionnant ici l'appréciation de la réalité de l'intérêt à heurter les libertés.

Il faut également avoir égard aux fonctions exercées par le sujet de l'atteinte. Ce critère doit permettre dans la majorité des cas de fustiger les dispositions qui, au sein de l'entreprise, prévoient un dépistage du virus HIV : parce que le Sida n'est pas une maladie contagieuse, le risque de contamination sera en principe inexistant³, sauf par exemple dans la pratique des sports violents et de contact où les écorchures sont choses courantes⁴.

Dans l'affaire X c/ Commission déjà mentionnée, le Tribunal de première instance des Communautés avait préféré fonder le dépistage pratiqué à l'embauche d'un dactylographe sur le « risque potentiel de sensibilité accrue aux infections », l'avocat général soulignant quant à lui devant la Cour de justice que le recrutement d'une personne malade *serait susceptible de provoquer* pour ses collègues « un surcroît de travail et de stress »⁵. La haute juridiction n'a pas vraiment eu à se prononcer puisqu'elle a essentiellement condamné que le test ait été pratiqué malgré le refus exprès de l'intéressé.

¹ Soc. 13-1-1999, CSBP 99 n° 109, Somm. n° 174, obs. S.D.

² CE 8-7-1988, SA Comptoir Lyon Alemand Louyot, Rec. p 1043 ; 11-7-1990, Soc. Griffine-Maréchal, Rec. p 215.

³ V. la décision très ferme du Conseil CEE du 15 décembre 1988 (JOCE n° C 28 du 3-2-1989 p 1-3) qui retient que les personnes séropositives ou sidéennes ne constituent pas un *risque* pour leurs collègues de travail, et qui en déduit qu'un test de dépistage à l'embauche n'est pas justifié. Sur le sujet, v. J. Aben, Les aspects juridiques du SIDA, Th. Montpellier I, 1995, n° 906.

⁴ Pour Ch. Hennau-Hublet (Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine, *in* L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref, 1994, p 209s, spéc. p 217), le dépistage ne se justifie que si par ses fonctions, le travailleur est en contact direct avec le sang. On comprend au demeurant que les centres de transfusion sanguine puissent sélectionner les donneurs afin d'écartier les personnes « susceptibles de présenter un risque de transmission d'agents infectieux et notamment du VIH » (CNIL, 14° Rapport d'activité 1993, La documentation française, 1994, p 219).

⁵ W. Van Gerven, concl. sur CJCE 5-10-1994, spéc. point 27 et 51. Cf. également J.-L. Clergerie, n. sous arrêt précité (D. 95 p 421, spéc. p 426), qui souligne le risque de préjudice pour l'institution employeur (en l'espèce la Commission).

S'agissant du dépistage de la toxicomanie, qui constitue également une atteinte au droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique, le Comité consultatif national d'éthique, lequel ne peut être soupçonné d'intention liberticide, a en tout cas "autorisé" un tel dépistage dans les entreprises ou fonctions pour lesquelles l'usage de drogues peut créer des risques¹ (on pense notamment à ceux que feraient courir aux passagers les pilotes d'une compagnie aérienne).

232- Le risque ne doit pas toujours peser sur autrui. Ainsi, quand l'intérêt légitime poursuivi consiste dans la sauvegarde de l'intégrité physique du sujet même qui subit l'atteinte, c'est bien sur la santé de ce dernier que doit peser un risque. Est alors parfaitement justifiée l'autorisation qu'un acte médical soit pratiqué sur son corps car un intérêt réel existe à le sauver².

233- De manière générale, il apparaît clairement que l'exigence d'un risque avéré constitue un obstacle pour la personne qui tente de justifier une atteinte aux droits fondamentaux³. Aucune ingérence ne peut être autorisée en cas d'absence de risque. Au contraire, et du point de vue du sujet de l'atteinte, si l'exercice par lui d'une liberté risque réellement d'être à l'origine d'une perturbation, l'exigence étudiée se retournera contre lui. Elle justifiera par exemple, du moins quant à son principe, une interdiction⁴. De manière plus singulière, elle pourra même semble-t-il justifier le renvoi d'un salarié. On fait ici allusion à l'espèce très particulière⁵ dans laquelle une vendeuse qui était devenue la concubine du PDG de la société fut licenciée par la veuve de ce dernier, après que celle-ci eut succédé à son défunt mari à la tête de l'entreprise. Le licenciement reposait sur une cause réelle car le caractère inévitable du conflit constituait un élément objectif⁶. La vengeance de l'épouse

¹ Avis du 16-10-1989. Cf. F. Kernaleguen, Brèves remarques sur la vie privée du salarié, in Mélanges H. Blaise, Economica, 1995, p 269s, spéc. p 275. Egalement : I. Arnoux, Les droits de l'être humain sur son corps, PU de Bordeaux, 1994, p 388.

² Cf. l'exemple donné par I. Arnoux, *op. cit.*, p 434 : une stérilisation à visée thérapeutique sera licite dès lors qu'une grossesse ferait courir un risque à une femme. Il convient néanmoins de préciser que c'est le principe d'une intervention qui est ainsi justifié ; autre chose est de savoir si l'acte choisi (la stérilisation) se révèle proportionné au risque envisagé. La légalisation de la stérilisation à visée *contraceptive* (v. la loi du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception) fait sans doute perdre un certain intérêt à l'exemple choisi.

³ Pour le juge, elle peut néanmoins faciliter le raisonnement, car dès lors qu'un intérêt réel n'existera point, les incertitudes qui pouvaient éventuellement demeurer sur la légitimité de cet intérêt deviendront une question stérile, la justification de l'atteinte ne pouvant de toute façon plus être démontrée.

⁴ S'agissant de l'interdiction des manifestations d'opinion sur le lieu de travail, voir J. Savatier, obs. sous Ch. civ. sect. soc., 20-12-1961, Dr. social 62 p 570.

⁵ Assez particulière semble-t-il pour que la décision en question ne soit pas publiée au bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

⁶ Soc. 1-4-1992, Gaillard, RJS 5/92 n° 577, confirmant Douai 26-10-1990, RJS 5/91 n° 664. La cause de licenciement était en outre sérieuse car il était possible d'apprécier l'importance du conflit à venir.

délaissée et l'atteinte à la liberté de la vie privée de la vendeuse ¹ pouvaient se fonder sur un risque réel de troubles.

Cet arrêt doit être rattaché au courant qui permet le prononcé d'une sanction lorsque le comportement extra-professionnel du salarié est de nature à rejaillir de manière certaine sur l'entreprise ². Les cas où une partie au contrat peut se ménager une emprise sur le comportement privé du cocontractant doivent néanmoins demeurer tout à fait exceptionnels ³. Exiger la démonstration du trouble engendré par l'exercice d'un droit fondamental permet de répondre à cette préoccupation.

B- Existence d'un trouble.

234- A l'instar de ce qui a été vu pour l'exigence d'un risque, la nécessité de se fonder sur un trouble présente un caractère ambivalent pour la protection des libertés. Certes, elle constitue en principe une contrainte dans le processus de justification des atteintes, ce qu'il convient d'illustrer (**1/**). Cependant, arguer d'un trouble permet en retour de justifier certains actes juridiques sanctionnant la mise en œuvre d'un droit fondamental, implication qu'il faudra examiner (**2/**).

1/ Une condition contraignante.

235- L'exigence d'un trouble vise ici à caractériser qu'il existe une perturbation exigeant une réaction ⁴. L'idée est proche de celle d'un préjudice, comme l'a utilisée la Cour d'appel de Riom dans l'affaire *Clavaud* : l'exercice de sa liberté d'expression par le salarié n'ayant pas porté préjudice à l'employeur, le licenciement prononcé ne pouvait pas être reconnu légitime⁵. Il convient de se demander si l'entreprise a subi un dommage pour contrôler une décision restrictive de liberté prise par l'employeur ⁶.

¹ Celle-ci invoquait l'article 8 de la CEDH et l'article 9 du Code civil.

² G.H. Camerlynck (dir.), Droit du travail, t. 4, L'entreprise, par N. Catala, éd. Dalloz, 1980, n° 340.

³ B. Fages, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, n° 387.

⁴ On ne fait donc pas référence ici au trouble qui inquiète dans sa jouissance le possesseur d'un bien.

⁵ Riom 2-3-1987, D. 87 p 427 n. E. Wagner ; Dr. ouvrier 87 p 97 n. G. Lyon-Caen.

⁶ M. Cossa, Le contrôle de la Cour de cassation : enjeu du débat social, in La Cour de cassation et les libertés, colloque précité, p 79s, spéc. p 85. Cf. également M.-C. Escande-Varniol, Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel, RJS 7/1993 p 403s, spéc. p 407, qui mentionne

236- Deux remarques s'imposent à ce stade. En premier lieu, il ne faudrait pas croire que l'exigence d'un trouble gouverne exclusivement les *décisions unilatérales* réalisant une atteinte au bloc de fundamentalité. Lorsqu'une sanction est prévue par une *clause*, il doit être prévu selon le même mode qu'elle ne s'appliquera qu'en cas de trouble. C'est bien ainsi qu'il convient d'analyser une décision de la Cour du travail de Bruxelles, énonçant que la clause d'un règlement général autorisant la résolution du contrat si un enseignant contrevient aux normes de la moralité catholique, est contraire à l'article 8 de la CEDH, *aussi longtemps que le comportement public de l'enseignant ne crée pas de scandale* ¹.

En outre et en second lieu, l'exigence d'un trouble ne doit pas être cantonnée au domaine du droit social. Des applications peuvent par exemple tout autant se rencontrer en droit de la copropriété. En 1964, le Tribunal de grande instance de Grenoble a ainsi retenu qu'un règlement de copropriété peut interdire l'exercice d'une profession s'il est avéré que celle-ci entraîne d'une manière certaine des manifestations extérieures qui constituent des troubles de fait ou une gêne matérielle ou morale évidente pour les autres copropriétaires ².

237- Le trouble sur lequel se fonde l'atteinte aux droits fondamentaux doit répondre à certaines caractéristiques. Il doit notamment s'agir d'un **trouble objectif**, c'est-à-dire dont l'existence est incontestable. L'illustration peut venir de l'espèce dans laquelle la secrétaire d'un concessionnaire Renault fut licenciée pour avoir remplacé sa Renault 5 par une Peugeot 405. Après avoir énoncé que la liberté individuelle d'un salarié a pour limite l'obligation de ne pas causer de préjudice à son employeur, la Cour d'appel de Poitiers se borne à constater l'achat litigieux, « sans relever le moindre trouble objectif apporté à l'entreprise par le comportement incriminé de la salariée ». L'arrêt est cassé pour violation de l'article 9 du Code civil garantissant le droit au respect de la vie privée ³. Il aurait fallu se fonder sur un préjudice réel causé au concessionnaire pour justifier le licenciement ⁴. Cela aurait sans doute pu être le cas si la salariée avait utilisé le véhicule de marque rivale « ostensiblement au vu de

« l'exigence d'un préjudice réellement subi par l'entreprise ». Un salarié ne saurait cependant être licencié en raison d'un dommage qui ne lui est pas personnellement imputable : Soc. 27-5-1998, Bull. civ. V n° 283.

¹ Cour trav. Bruxelles 24-11-1977, Journal des tribunaux du travail 1978 p 63.

² TGI Grenoble 6-4-1964, D. 64 p 317 concl. Chanaron ; JCP 64, II, 13663 obs. R. Savatier ; RTDC 64 p 583 obs. J.-D. Bredin. L'espèce était très particulière puisqu'il s'agissait de « l'exercice de la profession de fille publique », ce qui ne fait pourtant pas disparaître l'atteinte à la liberté du travail et à la liberté de la vie privée.

³ Soc. 22-1-1992, Bull. civ. V, n° 30. La Cour de renvoi (Limoges, 14-6-1995, RJCO 96 p 212 obs. J. Mouly) énonce que ce droit est « un droit fondamental, inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme (...) ».

⁴ Cf. J. Savatier, La protection de la vie privée des salariés, Dr. social 1992 p 329. La Cour de renvoi (Limoges, précité) retient que « l'évocation subjective d'un dommage possible résultant d'un acte non répréhensible de la vie privée ne saurait en aucune manière constituer un motif réel et sérieux de licenciement ».

la clientèle du garage »¹. L'existence d'un trouble est en effet plus facilement démontrable en cas de publicité du comportement critiqué.

238- Pour illustrer cette idée d'un **trouble public**, on peut solliciter un exemple tiré du droit... public. Dans une espèce jugée en 1990, un sous-brigadier de police, homosexuel, avait hébergé un mineur en fugue. Ses relations avec l'adolescent avaient été soumises à publicité, du fait de la dénonciation opérée par le mineur lui-même ; aussi l'atteinte au bon renom de la police était-elle indiscutable. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé qu'une faute professionnelle était constituée, ce qui justifiait une sanction² (constitutive d'une atteinte à la liberté de la vie privée et des mœurs).

L'exigence de publicité n'a, il faut l'avouer, rien de très novateur. Dans une affaire de liaison hors mariage entre membres du personnel, un arrêt de la Cour de Paris rendu en 1900 estimait déjà que pour prétendre protéger le « renom de la maison », afin que celle-ci « ne devînt pas une école d'immoralité », il fallait au moins que la conduite incriminée ait acquis une certaine notoriété³. Aujourd'hui, l'exigence d'extériorité correspond à la traduction de la nouvelle doctrine de la Cour de cassation en matière de perte de confiance, exigeant un comportement ostentatoire⁴.

L'existence d'un trouble répondant aux conditions précédentes emporte comme conséquence de justifier, en tout cas dans leur principe, certains actes juridiques lésant les droits fondamentaux.

2/ Un facteur justifiant.

239- Selon un des principes particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le Préambule de la Constitution de 1946, « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». L'article L. 122-45 du Code du travail relaie et développe cette règle, en prévoyant en particulier qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses mœurs, de ses opinions politiques ou de ses activités syndicales. Ces dispositions sont trompeuses car elles ne précisent pas que l'existence d'un trouble dans l'entreprise peut néanmoins permettre d'attenter *indirectement*

¹ M. Buy, Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques, *in* Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Colloque du 20-5-1994, PUAM, 1994, p 9s, spéc. p 27.

² CE 13-6-1990, Ministère de l'intérieur c/ O., GP 90, 2, 606, concl. M. Stirn, n. A.D.

³ Paris 1-6-1900, DP 1901, 2, 299. La liberté de la vie privée et des mœurs était une nouvelle fois en question.

⁴ B. Fages, *op. cit.*, n° 371. Cf. l'arrêt de principe Soc. 29-11-1990, Bull. civ. V, n° 597.

aux libertés fondamentales concernées. La protection contre les discriminations peut donc s'avérer décevante.

Certes, il faut reconnaître que lorsque l'article L. 122-45 fait également figurer dans la liste des fondements interdits l'état de santé ou le handicap du salarié, il aménage formellement une exception en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail. Il apparaît ainsi de façon flagrante que l'article en question n'interdit pas de manière absolue de prendre en compte certains éléments de la vie privée¹. La jurisprudence admet depuis longtemps que la maladie prolongée du salarié puisse constituer un motif légitime de licenciement dès lors au moins que cet état désorganise l'entreprise². Sur ce point, le soin avec lequel les tribunaux s'attachent à vérifier l'existence d'une perturbation effective du fonctionnement de l'entreprise³ correspond à l'exigence d'un trouble pour justifier l'atteinte au respect de la vie privée. C'est ce trouble, et lui seul, qui doit constituer le fondement de la décision de l'employeur. Comme l'a indiqué la chambre sociale de la Cour de cassation en 1998, l'article L. 122-45 du Code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise. Cette situation résultera par exemple des absences répétées du salarié, liées à sa maladie ; le motif allégué ne sera donc pas discriminatoire en tant que tel⁴.

Les observations précédentes sont tout à fait transposables en cas de Sida. Si une décision d'exclusion prise à seule raison de la séropositivité porte incontestablement atteinte aux droits fondamentaux de l'individu⁵, des absences répétées (dues au suivi médical du salarié contaminé par le VIH) et perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise pourront

¹ V. sur ce point L. Leveneur, Vie privée et familiale et vie professionnelle, in B. Teysié (dir.), La personne en droit du travail, éd. Panthéon-Assas, 1999, p 31s, spéc. p 45. Sur l'état de santé, élément de la vie privée, cf. A. Chevillard, n. sous Paris 10-4-1991, JCP 91, éd. E, II, 225 ; X. Agostinelli, Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1994, n° 144.

² L'état de grossesse n'étant pas assimilable à un état pathologique (CJCE 14-7-1994, Webb, Rec. p 3567), il ne peut être soumis à la règle énoncée. En revanche, les états pathologiques trouvant leur origine dans la grossesse ou l'accouchement, et qui interviennent après la fin du congé de maternité, relèvent bien du régime applicable au cas de maladie : CJCE 30-6-1998, Brown, point 26, Rec. p 4185 concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer.

³ C. Puigelier, La maladie et le contrat de travail, JCP 1990, éd. E, II, 15890, spéc. n° 27 avec la jurisprudence citée. La vérification de ce que le remplacement du salarié malade était d'une impérative nécessité, a trait à la proportionnalité de la réaction de l'employeur, étudiée *infra* n° 248.

⁴ A. Mazeaud, n. sous Soc. 16-7-1998, Dr. social 98 p 950. Cf. également C. Prud. Poissy, réf., 16-7-1991 : « si l'article L. 122-45 du Code du travail prohibe le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé ou de son handicap, il ne dit pas que les conséquences de cet état de santé ou de ce handicap sur la bonne marche du service cessent de constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, et les débats législatifs conduisent plutôt à considérer que rien n'est modifié à cet égard » (Dr. ouvrier 92 p 194 obs. P. Moussy).

⁵ En ce sens, G. Couturier, Sur la séropositivité et la rupture du contrat de travail, RPDS 1/1990 p 4.

concourir à la justification du licenciement ¹. Il faut donc retenir que l'infection ne peut constituer en soi un motif de rupture, mais que ses conséquences porteuses de troubles sont susceptibles de le devenir ².

240- Malgré le silence des textes et la faveur de façade de certains arrêts, l'approche envisagée gouverne l'ensemble des droits fondamentaux : le trouble occasionné par la mise en œuvre d'une liberté peut justifier une atteinte à cette liberté ³. On en donnera plusieurs exemples.

L'affaire *Clavaud* mettait en jeu la liberté d'expression d'un salarié **hors** de l'enceinte de l'entreprise. Il faut rappeler que l'article L. 461-1 du Code du travail ne garantit formellement contre toute sanction que le « droit à l'expression » **dans** l'entreprise, l'article L. 122-45 n'envisageant pas quant à lui l'hypothèse d'une discrimination en raison de l'exercice de ce droit. Face à ce relais législatif restreint, le Procureur général en appelait devant la Cour de Riom à des principes plus hauts : le salarié n'ayant pas abusé de sa liberté constitutionnelle d'expression, son licenciement était intervenu « exclusivement en violation d'une liberté fondamentale »⁴. Cela signifie *a contrario* que la solution aurait été différente si l'abus (qui suppose un trouble ⁵) avait constitué la véritable justification de la rupture du contrat.

Une illustration en est fournie par une espèce où la participation de salariées à une campagne de dénigrement avait entraîné la fermeture de l'établissement. Devant la Cour de cassation, le pourvoi invoque en vain l'article 11 de la DDH et l'article 10 de la CEDH, consacrant au plus haut niveau la liberté d'expression : la protection offerte par ces textes ne

¹ Paris 2-6-1992, RJS 10/92 n° 1083.

² A. Chevillard, n. précitée, qui n'utilise certes pas expressément la notion de troubles.

³ Une exception notable concerne *a priori* le droit de grève, dont l'exercice trouble par définition l'entreprise. Cependant, la règle énoncée s'appliquera dès lors que la grève aura fait l'objet d'une utilisation abusive. Sur cette dernière hypothèse, v. CE belge 22-3-1995, Henry, qui admet que l'abus du droit de grève peut être sanctionné, tant que ce n'est pas son exercice en lui-même qui l'est (cité par B. Lombaert, La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d'un droit fondamental, in Mélanges P. Lambert, Bruylant Bruxelles, 2000, p 517). Est par exemple fautive la participation à un piquet de grève interdisant l'accès à un chantier malgré la notification d'une ordonnance de référé interdisant d'empêcher cet accès : Soc. 31-3-1998, Juris-Data n° 001741.

⁴ Riom 2-3-1987, précité.

⁵ L'abus de droit peut se définir comme l'usage d'un droit accompli « sous l'empire d'une mauvaise passion ne se justifiant par aucune utilité personnelle et **portant un grave préjudice à autrui** » (Colmar 2-5-1855, Affaire dite de la fausse cheminée, DP 56, 2, 9), cette dernière condition équivalant à l'exigence d'un trouble.

peut constituer un argument d'autorité dès lors que les licenciements se fondent sur l'abus de droit¹.

Dans une autre affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu pareillement tolérer le licenciement d'un salarié de la Syrian Arab Airlines qui, en pleine guerre du Golfe, avait tenu des propos injurieux envers le chef d'Etat syrien. L'article L. 122-45 était en quelque sorte neutralisé, puisque ce n'étaient pas les opinions politiques du salarié qui étaient de la sorte sanctionnées, « mais leur expression outrée »². Il convient d'observer à titre de comparaison que dans la même matière, le droit public procède à une analyse semblable. Dans son célèbre arrêt *Barel*, le Conseil d'Etat indiquait que l'administration ne pouvait écarter une personne de la liste des candidats à un concours en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques, tout en reconnaissant qu'elle pouvait tenir compte des faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats³.

241- En droit privé, la protection apparente de la liberté syndicale offerte par l'article L. 122-45 de Code du travail se double de celle figurant à l'article L. 412-2, qui interdit de nouveau à l'employeur toute prise en considération de l'appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions. Si l'employeur se fonde sur un trouble, il pourra néanmoins indirectement porter atteinte à la liberté syndicale, ce que l'on déduit de l'interprétation *a contrario* de certains arrêts. Dans une affaire jugée en 1969, un guide batelier nommé Tournié, engagé chaque année depuis vingt ans pour la durée de la saison touristique, s'était vu avisé par lettre qu'il était rayé de la liste des employés susceptibles d'être embauchés l'année suivante, au motif, maladroit, « d'activité syndicale excessive ». La chambre sociale stigmatise ce refus d'embauche, attendu notamment qu'il n'était « nullement justifié que Tournié eût créé un climat d'agitation au sein de l'entreprise »⁴. Si cette motivation a un sens, c'est bien celui que la solution aurait été différente en cas de trouble.

Une espèce soumise à la chambre criminelle en 1987 appelle la même analyse. Un employeur est reconnu coupable d'entrave à l'exercice du droit syndical pour avoir refusé

¹ Soc. 4-2-1997, Dr. social 97 p 413 obs. J. Savatier. Pour un cas récent où l'abus de la liberté d'expression n'était pas constitué, Soc. 14-12-1999, Dr. social 2000 p 163, concl. J. Duplat et n. J.-E. Ray ; JCP 2000, éd. E, p 902 n. Th. Aubert-Monpeyssen ; TPS 2000, comm. 85, obs. P.-Y. Verkindt.

² O. de Tissot, n. sous Soc. 6-10-1993, Dr. social 94 p 353. La solution doit être considérée avec réserve car la haute juridiction n'a fait qu'approuver la Cour d'appel d'avoir dit, dans le cadre d'une procédure de référé, que ce licenciement ne constituait pas un trouble manifestement illicite.

³ CE 28-5-1954, Rec. Lebon p 308 concl. Letourneur. La rédaction de l'arrêt inverse l'ordre des deux propositions.

⁴ Soc. 4-6-1969, JCP 70, II, 16208 n. J.-M. Verdier.

certains avantages à des syndiqués CGT. Il s'était fondé là encore maladroitement sur leur « absentéisme massif », correspondant en l'occurrence au temps de délégation nécessaire à l'accomplissement de leur mission. La disparité de traitement était donc uniquement liée à l'activité syndicale ¹. Une réaction de l'employeur n'aurait-elle pas pu *a contrario* se concevoir en cas d'impératif de gestion ou d'abus de leurs fonctions par les salariés, deux circonstances dont la Cour de cassation relève l'absence pour appuyer sa décision ? Cela eut été une manière, certes détournée, de sanctionner l'exercice de la liberté fondamentale en question.

242- Les observations précédentes ne s'appliquent pas seulement aux droits fondamentaux des travailleurs. Certes, même lorsque les droits lésés ne sont pas spécifiques aux salariés, c'est souvent au sein de l'entreprise qu'ils subissent des atteintes. L'affaire de l'aide-sacristain de Saint-Nicolas du Chardonnet, qui mettait en jeu la liberté de la vie privée et spécialement la liberté sexuelle ² le montre bien. Le salarié Painsecq avait été engagé par l'association paroissiale Fraternité Saint Pie X pour préparer les offices et la messe, tenir le rôle de cérémoniaire en revêtant la soutane noire et le surplis blanc, et manipuler des vases sacrés à déposer sur l'autel en vue des célébrations ³. A la suite d'une indiscretion, l'association apprend que l'aide-sacristain est homosexuel ; elle le licencie. La Cour d'appel retient que l'homosexualité est condamnée depuis toujours par l'Eglise catholique et rejette la demande de dommages-intérêts présentée par Painsecq.

La chambre sociale énonce qu'il est interdit à un employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ⁴. Elle reproche à la juridiction du second degré d'avoir retenu que la « méconnaissance délibérée par le salarié de ses obligations existait indépendamment du scandale qu'un tel comportement était susceptible de provoquer »⁵. La Cour de renvoi relèvera par la suite que le comportement de Painsecq n'avait jamais été

¹ Crim. 19-5-1987, Duval, Dr. ouvrier 88 p 452. La solution vaudrait au plan civil en cas d'action en réparation du préjudice causé par la mesure discriminatoire.

² La liberté sexuelle est une composante de l'article 8 de la CEDH : Cour EDH 22-10-1981, Dudgeon c/ Royaume Uni, CDE 82 p 221 obs. G. Cohen-Jonathan.

³ Paris 30-3-1990, D. 90 p 596 n. J. Villacèque ; Dr. ouvrier 8/90 p 296 concl. Alzuyeta ; GP 90, 2, 630 n. Ch. Pettiti.

⁴ Ce principe figure à l'article L. 122-45 depuis la loi du 12 juillet 1990, texte qui ne pouvait être formellement appliqué compte tenu de la date des faits de l'espèce. La Cour de cassation applique néanmoins matériellement ce principe.

⁵ Soc. 17-4-1991, JCP 91, II, 21724 obs. A. Sériaux ; Dr. social 91 p 485 n. J. Savatier ; RTDC 91 p 706, obs. J. Hauser et D. Huet-Weiller.

critiqué par l'employeur, pas plus qu'il n'était connu des fidèles. La rupture était donc intervenue pour un motif tiré uniquement de la vie privée ¹.

Ce qu'il convient de retenir ici de l'affaire, c'est que seul est interdit le licenciement dont la cause réside dans les mœurs elles-mêmes, et non le licenciement fondé sur les conséquences de celles-ci ². Le parallèle mérite d'être fait avec la liberté vestimentaire : « la première minijupe a pu justifier un licenciement – non pour faute de goût mais pour trouble dans l'entreprise »³. Pour que l'atteinte aux libertés soit valable, la Cour de cassation dans son arrêt *Painsecq* a néanmoins très justement renforcé l'exigence du trouble : les agissements du salarié doivent avoir créé un trouble « caractérisé » au sein de l'entreprise (en l'occurrence l'association). Le trouble devait être *suffisamment grave* pour appeler l'acte juridique litigieux. Il s'agit donc de se demander si l'employeur ne pouvait pas réagir autrement que par le licenciement. En réalité, on franchit ici la seconde étape dans le contrôle des atteintes aux droits fondamentaux.

¹ Paris 29-1-1992, Dr. social 92 p 334 n. J. Savatier. Pour une analyse de l'affaire *Painsecq* sous cet angle, v. B. Beignier, Vie privée et vie publique, Arch. phil. droit 1997, t. 41, p 163s, spéc. p 178.

² A. Sériaux, obs. précitées. Pour la même analyse s'agissant d'un licenciement consécutif à une union, v. A. Bénabent, La liberté individuelle et le mariage, RTDC 1973 p 440s, n° 34 : la résiliation peut être fondée non sur le mariage, mais sur la perturbation qu'il occasionne. Cf. également CE belge, 20-12-1985, Van Peteghem (*in O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, Droit international des droits de l'homme devant le juge national, Larcier, 1999, p 287*), dont la décision distingue le mariage « en tant que tel » et « l'incidence pédagogique » de la situation familiale créée par ce mariage.

³ D. Fabre, Vêtements de travail. Vêtements au travail, Droit du travail et de la sécurité sociale 2/1992 p 3. De manière générale, les attitudes excentriques « ne sont pas en elles-mêmes condamnables, mais il va de soi qu'elles peuvent agacer l'employeur et ses clients, et par voie de conséquence nuire à l'entreprise », ce qui justifiera un licenciement si le salarié s'obstine : B. Fages, Des comportements contractuels à éviter, Dr. et patrimoine 5/1998 p 67s, spéc. p 71. La règle semble devoir s'appliquer quand un employé prétend porter un bermuda, pratique qui n'est pas encore entrée dans les mœurs sociales, même s'il est certainement exagéré d'y voir un « refus d'adhésion aux valeurs fondamentales de la société » (v. E. Banzet, Du pantalon considéré comme une "valeur fondamentale", Le Monde 25-7-2001, et C. Prud. Rouen 30-8-2001, refusant d'ordonner en référé la réintégration – cette ordonnance a été confirmée par la Cour d'appel de Rouen le 13 novembre 2001).

Conclusion du Chapitre I.

243- Pour être justifié dans son principe même, un acte juridique heurtant des droits fondamentaux requiert de reposer sur un intérêt à la fois abstraitement légitime et concrètement réel. La cause juridique de l'atteinte doit ainsi être en soi acceptable et par ailleurs ne pas constituer un soutien purement factice. Il serait trop facile en effet de justifier une restriction ou un abandon de libertés par un motif louable mais "passe-partout" comme par exemple la préservation des droits d'autrui, sans s'appuyer sur un risque réel menaçant ces derniers.

Cette exigence de justification ne saurait constituer en soi une révélation pour le privatiste ; Gounot laissait entendre en 1912, certes sans envisager le cas d'atteintes aux droits fondamentaux, que lorsque deux personnes « entrent en rapport de contrat », aucune ne devrait « se dépouiller sans motif »¹. L'auteur ajoutait aussitôt qu'aucune ne devrait « faire des sacrifices hors de proportion avec les avantages correspondants », ce qui peut, sinon conforter, du moins annoncer la deuxième étape du contrôle.

Une fois le premier stade franchi, et seulement après, il convient en effet de s'assurer que l'acte qui a précisément été adopté ou stipulé constituait une réponse proportionnée, adéquate dans son envergure par rapport aux nécessités l'ayant inspiré. Le débat devient alors celui de la *proportionnalité* de l'atteinte litigieuse.

¹ E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Th. Dijon, 1912, p 382.

Chapitre II : La proportionnalité de l'atteinte.

244- Incontestablement, l'ascension du principe de proportionnalité est « irrésistible »¹, sa progression « foudroyante »². Son infiltration dans le domaine des libertés ne saurait dès lors étonner ; elle ne constitue finalement qu'une illustration parmi d'autres d'un mouvement de fond. La promotion du principe en droit privé, et principalement dans le droit des contrats³, n'en soulève pas moins une certaine résistance, notamment d'une part de la doctrine, suspicieuse à l'égard de ce principe de limitation de l'autonomie de la volonté et du pouvoir, « transfuge du droit public, ou du droit européen ou communautaire, voire du droit pénal »⁴. En outre, quand bien même l'unanimité se créerait autour de la vocation du principe de proportionnalité à rayonner au sein de l'ensemble des relations juridiques, la controverse pourrait rebondir sur le fondement formel de son application à telle ou telle situation.

La diffusion horizontale de la CEDH en fournit un bon exemple. Lorsque le juge interne applique dans une relation interindividuelle un article de la Convention réconfortif d'un droit fondamental, il doit utiliser le principe de proportionnalité afin de jauger l'atteinte portée à ce droit. En effet, d'une part, les droits fondamentaux européens ne sauraient être absolus dans les relations horizontales au prétexte que les articles de la Convention permettant des limitations aux droits ont été à l'évidence rédigés dans une perspective verticale⁵ ; d'autre part, le juge interne ayant tout intérêt à suivre le raisonnement en vogue à Strasbourg⁶, cela implique en particulier qu'il exerce le contrôle de proportionnalité. Des auteurs contestent pourtant que le juge national puisse appliquer le principe strasbourgeois dans les relations intersubjectives : selon eux, pareille démarche serait sinon absurde, du moins singulière, car

¹ P. Martens, L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, in Mélanges J. Velu, Bruylant Bruxelles, 1992, t. 1, p 49.

² G. Lyon-Caen, Liberté et égalité dans le droit français du travail, in Les droits de l'homme dans l'entreprise, XX^e Congrès de l'IDEF, Rev. juridique et politique 7-10/ 1989, p 900.

³ S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000.

⁴ Selon l'attitude décrite par M. Behar-Touchais, Conclusion, in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, Colloque Paris V du 20-3-1998, LPA 30-9-98 p 68. Le principe de proportionnalité est souvent présenté comme existant « surtout » dans le droit public ; cf. en ce sens L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, Th. Orléans, 2000, n° 771.

⁵ Cf. *supra* n° 94.

⁶ Cf. *supra* n° 177 et 178. Un contrôle national de la Convention, effectué conformément aux standards européens, est un objectif souhaitable, qui est de plus dans la logique du principe de subsidiarité du système européen : G. Cohen-Jonathan, La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants, in Mélanges N. Valticos, éd. A. Pédone, 1999, p 385s, spéc. p 396.

révélatrice d'une « transposition hasardeuse d'un principe de proportionnalité conçu seulement pour limiter les ingérences des autorités publiques »¹.

C'est l'assise formelle du principe, ou si l'on préfère son vecteur, qui semble surtout matière à débats². Sur le fond, le rôle de la règle de proportionnalité ne semble pas pouvoir être éludé³. On a d'ailleurs parlé dans notre matière de « proportionnalité validante » c'est-à-dire d'une validation des restrictions aux droits fondamentaux, dès lors qu'elles sont proportionnées⁴. Des textes spéciaux comme par exemple l'article L. 120-2 du Code du travail (exigence de restrictions aux libertés qui soient proportionnées au but recherché) vont incontestablement en ce sens.

245- L'aspiration à la proportionnalité n'est pas une idée nouvelle. Aristote indiquait ainsi que le juste est « une sorte de proportion » ; l'injuste, « ce qui est en dehors de la proportion »⁵. Au XVIII^e siècle, le futur roi de Prusse Frédéric-Guillaume III se voyait enseigner de manière plus précise qu'au nom du principe de proportionnalité, la liberté ne peut être restreinte que dans la mesure où cela est nécessaire, le trouble à écarter devant **en outre** s'avérer plus important que l'inconvénient résultant de la restriction de liberté⁶. Aujourd'hui, dans le système européen des droits de l'homme, la condition de proportionnalité implique pareillement que soit choisie la voie la moins attentatoire aux libertés, **et** que les

¹ J.-P. Marguénaud et J. Mouly, n. sous Soc. 12-1-1999, Spileers, D. 99 p 645s, spéc. p 647. Ces auteurs concluent plus loin : le principe de proportionnalité « n'est pas applicable dans la diffusion horizontale de la Convention » (dans le même sens, mais plus dubitative, v. A. Debet, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Th. Paris II, 2001, p 267 : « on peut s'interroger, s'agissant de l'atteinte portée par un individu à un droit garanti par la Convention, sur la réelle nécessité de faire appel au contrôle de proportionnalité européen »). Nous sommes en accord avec ce courant doctrinal s'il veut signifier que le juge des relations interindividuelles n'a pas à s'assurer, comme le fait en principe la Cour EDH, de l'équilibre entre la protection de l'individu et celle de l'intérêt général, car effectivement, dans un contentieux horizontal, seuls des intérêts privés sont en principe en conflit.

² La doctrine estime que l'assise du principe réside désormais dans l'article 1131 du Code civil (v. en particulier Y. Auguet, « Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité ! », Dr. et patrimoine 3/2001 p 33). L'appui viendrait de l'arrêt *Guinot* (Civ. 1^o, 11-5-1999, D. 99, SC p 385, obs. J. Penneau), qui, au visa de l'article 1131, censure un arrêt d'appel n'ayant pas recherché si une clause de non-concurrence était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger. Le visa nous semble cependant appuyer l'exigence d'un intérêt à l'atteinte (sur lequel v. *supra* n^o 230) et non le caractère proportionné de celle-ci (la Cour d'appel avait avant tout omis de vérifier la première exigence).

³ V. ainsi A. Debet, Th. précitée, p 265 : « c'est surtout quand il doit trancher un conflit entre deux personnes dont l'une a apporté des limites aux droits fondamentaux de l'autre que le juge peut utiliser ce contrôle de proportionnalité ».

⁴ M. Behar-Touchais, Rapport introductif, *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, Colloque précité, p 3s, spéc. p 9. Sur le thème, mais dans une perspective plus verticale, cf. F. Delpérée et V. Boucquoy-Rémion (collab.), Liberté, légalité et proportionnalité, *in* Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles, 1982, p 475.

⁵ *Ethique à Nicomaque*, livre V, chap. 6 et 7, trad. J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, 4^e éd. 1979.

⁶ Rapporté par B. Peter, Des droits fondamentaux en R.F.A. : limitation et protection, Th. Lille II, 1989, p 363.

préjudices occasionnés par cette ingérence soient équilibrés par rapport aux bénéfiques que celle-ci engendre ¹.

Il apparaît ainsi que derrière le raccourci "exigence de proportionnalité", deux règles pourront être distinguées ². D'une part, l'atteinte au droit fondamental doit être indispensable ³ ; d'autre part, l'acte doit ménager un certain équilibre entre les avantages et les inconvénients issus de l'atteinte. Le contrôle de proportionnalité consistera donc dans un premier temps à apprécier l'adaptation de l'atteinte aux circonstances qui la justifient : elle sera admise dans la seule mesure où les besoins à satisfaire le nécessitent. Puis, dans un second temps, il s'agira de contrôler que les bénéfiques liés à la réalisation de l'objectif poursuivi font bonne figure par rapport aux outrages infligés au droit fondamental considéré. Cet encadrement rigoureux ⁴ permet de réguler les oppositions : opposition d'une part entre les différentes atteintes qui s'offraient au choix des partenaires juridiques, opposition d'autre part entre les effets ambivalents de l'atteinte retenue et qui doivent obéir à un certain équilibre.

Cette conception exigeante de la proportionnalité suppose que les deux aspects décrits soient toujours aisément distingués ⁵. Il est cependant manifeste qu'en pratique, pour certains types d'actes, la démarche s'avère beaucoup trop lourde, voire impossible à mettre en œuvre. En outre, le contrôle de proportionnalité n'étant pas forcément un véritable réflexe, il convient

¹ On renverra à J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1990, n° 194. La démarche utilisée par la CJCE est la même : « lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et de veiller à ce que les charges imposées ne soient pas démesurées par rapport aux buts visés » (CJCE 26-6-1990, Vincenzo Zardi, Rec. p I-2515 ; 27-11-1991, Italtrade SpA, Rec. p I-5545 concl. M. Darmon).

² Plus généralement sur « l'hétérogénéité de la notion de proportionnalité », v. J. Ziller, *Le principe de proportionnalité*, AJDA 1996, numéro spécial "Droit communautaire et droit administratif", p 185.

³ Cette condition, souvent appelée condition de nécessité, est une composante du principe de proportionnalité dès lors que ce dernier est ici entendu au sens large. Si au contraire on retenait de ce principe une conception stricte, cantonnée à la théorie du bilan coûts-avantages, la condition de nécessité constituerait alors une étape autonome, située en amont du test de proportionnalité. Sur la place fluctuante de la condition de nécessité : M. Guibal, *De la proportionnalité*, AJDA 1978 p 477.

⁴ La conception allemande est encore plus rigoureuse (v. notamment M. Fromont, *République Fédérale d'Allemagne : l'Etat de droit*, RDP 1984 p 1203s, spéc. p 1214), puisqu'elle considère qu'aux deux exigences mentionnées, il convient d'en ajouter une autre, placée en tête du contrôle de proportionnalité, et consistant dans l'utilité de l'atteinte. Il nous semble possible de considérer que cette exigence de pertinence renvoie plus ou moins à la réalité de l'intérêt justifiant une mesure restrictive (Section 2° de notre Chapitre I).

⁵ Sauf à dire que sa rédaction est contestable, l'arrêt *Pimouguet* (Soc. 11-7-2000, Dr. social 2000 p 1141 obs. J. Mouly) constitue un exemple de cette distinction. Selon cette décision, une clause d'exclusivité n'est valable que si elle est *indispensable* à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et *proportionnée* au but recherché. Il est possible d'y voir, outre la condition de justification de l'atteinte à la liberté du travail (tâche à accomplir, intérêt de l'entreprise), la deuxième étape du contrôle de l'atteinte (caractère indispensable, puis proportionné - entendu au sens strict c'est-à-dire équilibré -).

de se satisfaire de peu : lorsque l'une des facettes du principe est contrôlée, on ne peut plus dire que le « critère de rationalité »¹ a été omis. L'aspect éventuellement éludé pourra avoir été perçu comme redondant : lorsqu'une atteinte semble trop intense par rapport à la satisfaction de l'intérêt poursuivi, c'est bien souvent qu'elle aurait pu être avantageusement remplacée par une autre mesure moins attentatoire mais aussi efficace. Se prononcer sur les deux terrains s'apparente alors quelque peu à un pléonasme. On comprend alors que l'adjectif disproportionné puisse être utilisé en forme de raccourci.

Pour la clarté de l'analyse, on tentera néanmoins de distinguer le caractère indispensable de l'atteinte (**Section 1°**), de son caractère équilibré (**Section 2°**).

Section 1° : Une atteinte indispensable.

246- Une atteinte portée à des droits fondamentaux n'est pas proportionnée, au sens d'indispensable, dès lors qu'il existait une autre mesure aussi efficace pour l'intérêt poursuivi et moins contraignante pour la liberté heurtée². Très schématiquement et analysé dans des conditions idéales, le test de proportionnalité se présente alors de la manière suivante : plusieurs atteintes étaient envisageables et toutes donnaient une satisfaction équivalente relativement au but recherché, ce dernier étant par exemple satisfait avec une note de 5 sur 10. Seulement, les diverses mesures possibles étaient d'intensité inégale quant à la pression exercée sur le droit fondamental, par exemple cette pression était selon les cas de 2, ou 3, ou 4 sur 10. Il s'agira alors de vérifier que le choix de l'atteinte s'est bien porté sur celle d'intensité 2 sur 10. Les autres atteintes n'étaient à l'évidence pas indispensables : elles ne satisfaisaient pas plus le but poursuivi, et n'apportaient qu'une contrainte supplémentaire pour la liberté envisagée. Seule la mesure d'intensité 2 sur 10 répondait à l'exigence de proportionnalité.

247- Le droit public enseigne formellement que le principe de proportionnalité « consiste à cantonner la réglementation de l'exercice de la liberté (...) dans ce qui est strictement indispensable »³. Le droit privé retient la même conception, comme en témoigne un arrêt de la première chambre civile rendu en 1984. Un employeur avait subordonné

¹ C'est semble-t-il l'ancêtre doctrinal du principe de proportionnalité. En ce sens : M. Gomy, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Th. précitée, p 120. Sur le « standard de rationalité » manié par la jurisprudence britannique en matière de restrictions contractuelles à la liberté du travail : A.-A. Al-Sanhoury, *Le standard juridique*, in *Etudes en l'honneur de F. Gény*, t. II, Librairie Duchemin, 1977, p 144s, spéc. p 148s.

² En ce sens, et relativement aux mesures nationales attentatoires à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché unique : W. Van Gerven, *Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux*, JT 11-4-1992 p 305.

³ F. Julien-Lafferrière, *L'Etat de droit et les libertés*, in *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1998, p 153s, spéc. p 173.

l'attribution d'une prime à la communication des déclarations de revenus des salariés. Cela lui permettait du même coup de se renseigner, notamment sur la situation familiale de ses employés. La Cour de cassation y voit une violation de l'article 9 du Code civil protégeant le droit au respect de la vie privée, droit fondamental de la personne. La demande portait en effet sur des renseignements non « strictement indispensables au but poursuivi »¹. La formulation de l'exigence du caractère indispensable n'est certes pas toujours aussi expresse. On peut préférer parler de nécessité de l'atteinte stipulée (§ I). L'idée est cependant toujours la même : l'atteinte doit être adéquate par rapport aux circonstances qui l'ont motivée (§ II).

§ I : Nécessité de l'atteinte.

248- Une atteinte aux droits fondamentaux ayant été justifiée dans son principe, il convient de vérifier que l'atteinte précisément choisie était indispensable. Cela peut être dit autrement ; les variantes utilisées sont généralement la stricte nécessité ainsi que l'idée de nécessité sérieuse ou caractérisée.

La notion de nécessité semble parfois moins forte que la mention du caractère indispensable. Il n'est pas sûr que cette impression soit fondée² et elle disparaît de toute façon dès lors qu'on évoque la *stricte* nécessité. La première branche du contrôle de proportionnalité peut alors se définir comme consistant à vérifier que l'acte critiqué n'a pas excédé ce qui était strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif³. La valeur du droit lésé impose un tel encadrement, qui se rencontre au demeurant dans des domaines variés.

Ainsi en matière pénale, l'état de nécessité suppose que l'acte effectué face au danger soit strictement nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien⁴. Cela permet par exemple de faire le départ entre les squatters qui trouvent simplement « commode »

¹ Civ. 1^o, 29-5-1984, Bull. civ. I, n^o 176 ; Rapport de la Cour de cassation 1984, La documentation française, 1985, p 62. En l'espèce la légitimité de l'atteinte au secret de la vie privée ne faisait pas problème s'agissant de l'intérêt à ajuster le montant du versement à la situation financière des salariés.

² A titre d'exemple, le Dictionnaire Hachette Encyclopédique édition 2000 définit l'adjectif nécessaire comme ce qui constitue une condition indispensable.

³ En ce sens O. de Schutter, La coopération entre la Cour EDH et le juge national, RBDI 1997 p 21s, spéc. p 51, cet auteur maniant en l'occurrence le principe de proportionnalité pour examiner si le juge interne doit excéder ses pouvoirs afin d'épargner à son Etat une sanction internationale. Selon X. Philippe (Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, PUAM Economica, 1990, p 183), le contrôle de la nécessité de l'acte symbolise le contrôle de proportionnalité dans son acception la plus pure.

⁴ G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 17^e éd. 2000, n^o 406.

d'améliorer leur cadre de vie en investissant la propriété d'autrui, et ceux qui agissent « sous l'empire d'une nécessité véritable »¹.

Dans le contentieux relatif à la découverte de preuves en matière économique, la nécessité de l'injonction de produire telle ou telle pièce constitue « le principe directeur de toute investigation aboutissant à violer un secret commercial »².

En droit communautaire, l'égalité de traitement ne s'oppose pas à une réglementation nationale accordant, à qualification égale, une priorité aux personnes de sexe féminin dans les secteurs où ce dernier est sous-représenté, « lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer le respect des objectifs du plan de promotion des femmes »³.

En droit du travail, la maladie prolongée du salarié peut motiver son licenciement dès lors que la désorganisation de l'entreprise qu'elle entraîne rend impérativement nécessaire son remplacement définitif⁴. Il convient d'y voir la possibilité de prendre en compte un élément de la vie privée, c'est-à-dire d'investir le droit au respect de celle-ci, à la condition que la pression précisément exercée, en pratique la cessation de la relation contractuelle, ait été indispensable. Cette réaction drastique apparaîtra disproportionnée si un remplacement temporaire était envisageable⁵. Le juge devra donc apprécier « le sérieux » de la situation objective dans laquelle est placée l'entreprise⁶. Cela correspond au contrôle de la cause sérieuse du licenciement : la situation doit rendre impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation de la relation contractuelle⁷.

¹ J.-P. Delmas Saint-Hilaire, Juris-Classeur pénal, Art. 122-7, Faits justificatifs, état de nécessité, 1996, n° 43. Sur le sujet : A. Legal, L'état de nécessité et la crise du logement, RSC 1969 p 127.

² E. Garaud, La transparence en matière commerciale, Th. Limoges, 1995, n° 509. Le respect du secret des affaires participe à la fois à la protection du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.

³ CJCE 28-3-2000, Badeck, Rec. p 1875, concl. A. Saggio ; RTDH 2001 p 816, obs. H. Surrel. Afin que l'égalité ne soit pas heurtée dans sa substance même (*cf. supra* n° 105), la réglementation doit garantir que les candidatures fassent l'objet « d'une appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats ».

⁴ Soc. 13-3-2001, arrêt n° 1036, Bull. d'actualité Lamy social 4/2001 p 10, Dr. et patrimoine 10/2001 p 110 obs. P.-H. Antonmattéi, D. 2001 p 2339 n. H. Kobina Gaba. *Cf. sur ce thème supra* n° 239.

⁵ V. ainsi l'arrêt rendu par la Cour de Riom le 27-5-1997 (Juris-Data n° 045489), qui stigmatise le licenciement d'un chef pâtissier absent pour cause de maladie depuis plus de six mois, car il n'était nullement justifié que son remplacement n'eût pas suffi à assurer la bonne marche de l'entreprise.

⁶ Soc. 16-7-1998, Dr. social 98 p 950 n. A. Mazeaud.

⁷ V. la définition de la cause sérieuse donnée par le ministre au Parlement, citée par exemple par J.-Cl. Javillier, Droit du travail, LGDJ, 6° éd. 1998, n° 242. Pour une analyse de la notion, v. également F. Duquesne, Les droits du salarié menacé de licenciement, contribution à une recherche sur le régime de la décision en matière de licenciement, Th. Paris XII, 1992, p 416s.

249- Exiger que le comportement extra-professionnel d'un salarié ait entraîné un trouble *caractérisé* au sein de l'entreprise procède de la même idée ¹. Il est tentant de prétendre que la jurisprudence à l'origine de l'émergence de cette expression ² n'a pas voulu dire autre chose, sinon que la prise en compte par l'employeur des conséquences de l'exercice de sa liberté personnelle par le salarié doit s'avérer indispensable compte tenu de la *gravité* des troubles occasionnés. Si le trouble objectif ³ n'est pas *caractérisé*, réagir par le licenciement s'avère *disproportionné*. Il y avait place pour une réaction plus adéquate.

§ II : Adéquation de l'atteinte.

Deux caractéristiques permettent d'affirmer le caractère indispensable de l'atteinte. D'une part, l'atteinte examinée ne doit pas être superflue (**A-**), d'autre part son ampleur doit se garder de tout excès (**B-**). En pratique, ces deux éléments vont de pair : une fois que la nature de l'atteinte est précisée, il convient en quelque sorte de s'intéresser à sa posologie.

A- Rejet de toute atteinte superflue.

250- Le terrain de la discussion s'articule ici autour des moyens choisis ou imposés afin de poursuivre l'objectif légitime avalisé lors de la première étape du contrôle. C'était l'optique de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Young, James et Webster*. Elle y stigmatise une disproportion par rapport aux buts poursuivis : les syndicats auraient pu lutter pour la défense des intérêts de leurs membres (objectif légitime), sans contraindre à l'adhésion des employés non syndiqués ⁴. Le raisonnement de la CJCE dans son arrêt *Stoeckel* procède de la même idée. Aux gouvernements français et italien qui prétendent interdire aux femmes le travail de nuit en invoquant notamment des risques d'agression (intérêt dont la protection est à l'évidence louable), elle répond de manière cinglante que des

¹ Cf. notamment A. Chevillard, Les motifs du licenciement, Vie privée, obs. in JCP 1993, éd. E, I, 235, n° 48s, spéc. n° 55 : le fait que le trouble soit caractérisé permet de déduire le sérieux du motif du licenciement.

² Soc. 17-4-1991, Painsecq, Bull. civ. V n° 201 ; 20-11-1991, Léger, Bull. civ. V n° 512 ; 22-1-1992, Robuchon, Bull. civ. V n° 30. Malgré le silence de l'arrêt Delamaere (Soc. 16-12-1997, JCP 98, II, 10101 n. M.-C. Escande-Varniol), un fait de la vie personnelle, par hypothèse non fautif, continue à pouvoir conduire au licenciement en cas de trouble caractérisé : J.-Y. Frouin, La protection des droits de la personne et des libertés du salarié, CSBP 1998, chron. p 123. Des arrêts postérieurs sont à cet égard plus explicite : v. Soc. 16-12-1998, Dr. social 99 p 417 obs. C. Radé ; 21-11-2000.

³ Cf. *supra* n° 237.

⁴ Cour EDH 13-8-1981 ; v. les observations de G. Cohen-Jonathan, La Convention européenne des droits de l'homme, éd. Economica, 1989, p 507.

mesures appropriées peuvent être adoptées pour y faire face, sans porter atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes ¹. Cette répartition s'appliquerait tout autant à un employeur privé qui prétendrait adopter la même interdiction au nom du même fondement ². De manière générale, la CJCE veille en effet au respect du principe de non-discrimination, comme l'illustre l'affaire *Angonese*. La Cour y condamne la discrimination en raison de la nationalité qui résulte de l'obligation imposée par une banque privée, pour l'accès à un concours de recrutement, de fournir un certificat de bilinguisme délivré uniquement dans une région donnée ³. L'article 48 du Traité est violé car il était possible pour cette banque de se satisfaire de qualifications équivalentes obtenues dans d'autres Etats membres ; l'exigence formulée était disproportionnée par rapport à l'objectif légitime de sélectionner des candidats ayant des connaissances linguistiques d'un certain niveau.

Une atteinte sera superflue si la nature même de cette dernière suscite la controverse. Certes, une mesure était envisageable, et dans son principe justifiée, mais on aurait pu opter pour une mesure d'un type moins drastique. Les clauses brimant la liberté du travail s'avèrent à cet égard particulièrement éclairantes. Il est ainsi des cas où une clause de non-concurrence peut être avantageusement remplacée par une clause de non-démarchage, tout à fait suffisante pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise ⁴, ou encore par une clause de discrétion assortie d'une clause pénale ⁵. Quant aux clauses d'exclusivité interdisant au salarié d'exercer toute activité annexe pendant la durée de son contrat de travail, il est possible de considérer que le dispositif est superflu si sa finalité consiste simplement à se préserver d'un risque de

¹ CJCE 25-7-1991, § 16, D. 91 p 444 n. J.G. Huglo, Dr. social 92 p 174 obs. M.A. Moreau.

² La question ne se posait pas en ces termes, mais il convient de préciser qu'une décision du Conseil de Prud'hommes de Laval du 5 novembre 1998 (Dr. social 99 p 129 n. J.-P. Lhernould) énonce que nonobstant un accord d'entreprise contraire, un employeur doit répondre favorablement à la demande d'une salariée de travailler la nuit en vertu du principe d'égalité hommes-femmes (le Conseil fonde également sa décision sur la directive communautaire du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement, ce qui est pour le moins audacieux si on considère que cela revient à faire produire à ce texte un effet horizontal).

³ CJCE 6 juin 2000, JT Dr. européen 2000 p 219. La majorité des résidents de la province (Bolzano) étant de nationalité italienne, l'obligation requise défavorisait les ressortissants des autres Etats membres (point 40).

⁴ En ce sens, R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. social 1998, p 534. La clause de non-démarchage tend à interdire la recherche personnalisée de la clientèle (Y. Serra, Rép. com. Dalloz, V° Concurrence déloyale, 1996, n° 173), afin de protéger celle développée par l'employeur (M. Simonneau, Les clauses du contrat de travail, éd. Liaisons, 2000, n° 116).

⁵ Le mécanisme permet de parer aux risques de divulgations d'informations confidentielles (F. Gaudu, Le contrat de travail, Dalloz, 1996, p 87), contre lesquels une clause de non-concurrence apparaît superflue. Sur les clauses de discrétion, confidentialité, secret, ou encore non-divulgaration, v. J.M. Mousseron, Technique contractuelle, éd. F. Lefebvre, 2° éd. 1999, n° 1156s.

concurrence ; une clause de non-concurrence étendue à la période du contrat aurait alors parfaitement suffi ¹.

251- Le débat s'articule à l'évidence sur la question de savoir si l'atteinte considérée pouvait être réalisée autrement. Le législateur peut précisément imposer aux acteurs juridiques de se poser une telle interrogation. A titre d'exemple, le Code de la santé publique précise que les recherches médicales sans bénéfice individuel direct effectuées sur les femmes enceintes, les mineurs, les majeurs protégés ou encore les personnes accueillies dans un établissement sanitaire et social, ne sont admises, notamment, que « si elles ne peuvent être réalisées autrement »².

Dans le domaine de la copropriété, l'assemblée générale ne peut décider de travaux affectant la consistance des parties privatives des copropriétaires que dans la mesure où il n'existe pas d'autre solution ³. Selon le même schéma, si des dispositions statutaires peuvent « stériliser » la faculté de retrait des associés de sociétés coopératives, c'est que la stabilité essentielle au fonctionnement de celles-ci ne peut être obtenue qu'en « s'attachant » les coopérateurs pour une certaine durée ⁴. Les situations obéissant à cette dialectique sont à vrai dire multiples.

En matière de transplantations opérées à l'aide d'un prélèvement sur une personne vivante, une greffe devra ainsi apparaître comme le seul moyen de sauver le malade ⁵. Dans un tout autre domaine, on a pu considérer que la surveillance vidéo d'une nourrice ne devait pas susciter l'indignation puisque les parents de l'enfant n'étant par hypothèse pas présents, le procédé constituait le seul moyen pour eux de contrôler l'activité de la "nounou", le souci de vérifier que sont assurées la sécurité et l'hygiène de l'enfant étant au demeurant parfaitement légitime ⁶.

¹ L'employeur peut en outre et même avant tout se prévaloir de l'obligation *légal*e de fidélité : L. Casaux, *op. cit.*, p 150. Sur les clauses d'exclusivité, *cf. supra* n° 230.

² V. art L. 1121-4 et L. 1121-6. Au sujet des expérimentations médicales, le Doyen Decocq suggérait pareillement en 1960 que l'expérience prévue devait être « impossible à réaliser autrement » : A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n° 113.

³ G. Vigneron, obs. sous Civ. 3°, 12-3-1997, *Loyers et copropriété* 6/97 p 24.

⁴ J.-F. Barbiéri, obs. sous Civ. 1°, 31-1-1989, *JCP* 89, II, 21294. Cependant, la sauvegarde complète de la liberté individuelle supposera en outre que l'engagement ne dépasse pas la durée moyenne de la vie professionnelle du coopérateur : Civ. 1°, 30-5-1995, *Bull. civ. I*, n° 231.

⁵ J. Péliissier, *La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne*, Th. Paris II, 1977, p 169.

⁶ B. Belloir-Caux, *Des employés sous très haute surveillance*, LPA 20-8-1999 p 4s, spéc. p 9s. Dans ce type de situation, la question du consentement demeure toujours un faux problème (*cf.* de manière générale n° 189s) et il convient seulement de retenir qu'un enregistrement effectué à l'insu de la personne constituée, en matière civile, *un mode de preuve* illicite : Soc. 20-11-1991, *Dr. soc.* 92 p 28 n. Ph. Waquet (au sein de l'entreprise,

Si l'on considère maintenant le contrat liant une vedette à un magazine et organisant une révélation de sa vie privée, ne peut-on pas concéder que pour entretenir son aura médiatique, et donc professionnelle, un artiste n'a parfois guère d'autre choix sinon d'offrir sa vie privée en pâture ¹ ?

Enfin, s'agissant des institutions catholiques, il est traditionnellement admis que le fait pour ces établissements d'imposer à leur personnel certains devoirs de loyauté constitue pour eux le seul moyen d'organiser leurs activités en conformité avec leurs vues propres ; à défaut, ils ne pourraient efficacement exercer leur mission ².

252- Lorsque l'atteinte aux droits fondamentaux qui a été organisée ne représente pas l'unique moyen de parvenir à la satisfaction de l'intérêt poursuivi, il n'est possible de se prononcer sur son caractère superflu qu'en examinant si les alternatives à l'atteinte auraient été suffisantes. Pour reprendre l'exemple de la vidéosurveillance, transposé cette fois au sein de l'entreprise, l'acte instaurant ce dispositif ne satisfera pas à l'exigence de proportionnalité s'il est établi par exemple que des rondes dans l'établissement pouvaient suffire à assurer la sécurité en son sein ³. S'agissant des opérations de conversion sexuelle pratiquées sur des transsexuels, le caractère indispensable de l'intervention chirurgicale sera caractérisé après que tous les autres traitements moins "lourds" auront démontré leur inaptitude à éviter que la personne, poussée par le désir d'appartenir à l'autre sexe, ne se mutilé ou se suicide ⁴.

La réponse à ce type de question est affaire d'appréciation, les particuliers devant dès lors anticiper du mieux qu'ils peuvent celle que le juge éventuellement saisi sera conduit à adopter. L'autorité de jugement pourra à cet effet décider de s'en remettre à l'avis d'un expert. Dans une affaire déjà mentionnée, un technicien a ainsi été commis avec pour mission de dire si le port d'une casquette ou d'un filet « étaient de nature à assurer une protection suffisante »⁵, ce qui correspondait en l'occurrence à la question de savoir si l'ordre adressé au salarié de couper ses longs cheveux, et le congédiement qui suivit le refus, constituaient des

l'employeur peut cependant utiliser comme preuve les enregistrements effectués dans les lieux où les salariés ne travaillent pas : Soc. 31-1-2001, Alaimo).

¹ En ce sens : R. Lindon, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Dalloz, 1976, n° 105.

² Com. EDH 6-9-1989, Rommelfanger c/ RFA, DR n° 62 p 151, qui n'a semble-t-il pas osé déjugé sur ce point la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui s'était prononcée en ce sens.

³ Sur cette hypothèse, A. Chirez et P. Boughanmi-Papi, Vidéosurveillance, droit à l'image et vie privée des salariés, Bull. soc. F. Lefebvre 11/1994 p 569.

⁴ Sur l'exigence de ne procéder à des actes médicaux radicaux qu'en dernier recours : Paris 19-4-1988, JCP 88, IV, 261. Sur l'intervention chirurgicale en tant que seule attitude susceptible de répondre à la détresse du transsexuel : J. Penneau, Corps humain, Rép. civil Dalloz, 1995, n° 178.

⁵ Paris 15-2-1972, Casoli, Inf. du chef d'entreprise 72 p 435 ; cf. *supra* n° 194.

atteintes disproportionnées par rapport à l'objectif légitime d'assurer la sécurité du salarié, qui maniait une perceuse et une scie. Dans ce type de situation, on comprend au demeurant que les contraintes liées à la tenue ne sauraient être dites indispensables si elles prétendent s'imposer de façon générale, c'est-à-dire en frappant y compris des personnes dont l'activité ne nécessite pas de telles mesures de protection. Une atteinte dont le champ d'application est excessif s'avère disproportionnée.

B- Rejet de toute ampleur excessive.

253- De manière générale, il convient de s'assurer que l'atteinte portée aux libertés essentielles ne va pas au-delà de la juste mesure. Il s'agit alors d'apprécier son étendue. En matière de clauses de non-concurrence, le juge devra ainsi « vérifier que la protection mise en place n'excède pas le risque véritablement couru »¹. Le champ des activités interdites, la durée de la clause, ou encore son domaine géographique devront être proportionnés aux intérêts de la défense de l'entreprise. Une loi belge de 1978 l'énonce très bien s'agissant de l'étendue de la clause dans l'espace : « le territoire interdit ne saurait s'étendre au-delà de ce qui est strictement indispensable à la protection des intérêts du créancier de non-concurrence »².

S'agissant toujours du champ d'application *ratione loci*, une entreprise ne pourrait, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir, instaurer un contrôle des déplacements des salariés qui fonctionnerait même lorsque ceux-ci accèdent à des zones non dangereuses³.

254- Dans la majorité des cas, l'étendue excessive sera celle du champ d'application *ratione personae* de l'atteinte aux droits fondamentaux. Cela se comprend tout à fait dès lors que la justification de bon nombre d'atteintes repose sur la nature de la tâche accomplie par la personne concernée⁴. Si la mesure suspecte vise également des individus dont les contraintes de l'activité ne constituent pas cet intérêt légitime et réel à l'atteinte, il convient de la juger excessive dans son ampleur. Elle ne devait pas s'appliquer à l'ensemble du personnel car elle

¹ J. Amiel-Donat, n. sous Soc. 14-5-1992, JCP 92, II, 21889. Sur l'application de ce principe par la jurisprudence britannique : A.-A. Al-Sanhoury, Le standard juridique, in Etudes en l'honneur de F. Gény, t. II, Librairie Duchemin, 1977, p 144s, spéc. p 148s.

² Citée par M. Gomy, *op. cit.*, p 131.

³ G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992, n° 155.

⁴ C'est l'article L. 120-2 du Code du travail (*cf. supra* n° 202).

n'était indispensable que pour une partie de ce dernier. Les exemples où ce raisonnement peut être tenu sont multiples.

Imposer l'épreuve de l'alcootest au personnel de bureau est à l'évidence disproportionné car seule l'ébriété de conducteurs d'engins dangereux peut compromettre la sécurité dans l'entreprise¹. De la même façon, l'obligation du dépistage de la toxicomanie ne saurait concerner que des emplois strictement déterminés². Qu'elle vise le personnel naviguant de compagnies aériennes, soit ; étendue au personnel au sol, l'atteinte est d'une ampleur excessive.

Les contraintes liées à la tenue, et plus généralement à la présentation des salariés, appellent la même analyse, si tant est qu'on puisse voir dans la liberté vestimentaire, et plus généralement dans la liberté de l'apparence, une ramification d'un droit de l'homme³, sans doute la liberté individuelle⁴. Les prescriptions accompagnant en 1991 tous les contrats de travail du personnel d'Eurodisney, et jugées « élément essentiel du contrat », méritent ici d'être citées. Pour une fois, les hommes surtout étaient soumis à un certain style : interdiction des moustaches, barbes, colliers, bracelets, boucles d'oreilles, après-rasage trop fort. En outre, « le contour de l'oreille doit être complètement dégagé », et « l'utilisation d'un déodorant est obligatoire »⁵. Ce code de l'esthétique ne saurait laisser indifférent ; au moins peut-on estimer que ces contraintes sont excessives en ce qu'elles frappent non seulement ceux qui participent au spectacle (et certes on imagine sans doute mal un *Peter Pan* à visage découvert arborant un bouc et de multiples piercings), mais aussi de simples machinistes que le public ne voit

¹ V. sur ce point A. Bacquet, concl. sur CE 1-2-1980, Peintures Corona, Dr. social 80 p 310s, spéc. p 316. Egalement Rép. min. n° 26310, JO Ass. Nat. 9-11-1987 p 6185, qui indique que les contrôles doivent être réservés à une catégorie bien déterminée de salariés en fonction des risques auxquels ceux-ci s'exposent ou exposent des tiers.

² Avis du Comité consultatif national d'éthique du 16-10-1989. Cf. F. Kernaléguen, Brèves remarques sur la vie privée du salarié, in Mélanges H. Blaise, Economica, 1995, p 269s, spéc. p 275.

³ En ce sens B. Bossu, Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre, Dr. social 1994 p 747s, spéc. p 752. La jurisprudence a eu l'occasion de ranger la liberté de se vêtir parmi les « libertés individuelles » visées à l'article L. 122-35 du Code du travail : Soc. 18-2-1998, Dr. social 98 p 506 obs. A. Jeammaud. Cf. également l'affaire du survêtement : Soc. 6-11-2001, D. 01, IR p 3397, qui évoque la liberté individuelle de se vêtir.

⁴ En ce sens : E. Picard, L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA 7-8/1998 spécial, p 6s, spéc. p 32. Dans certaines hypothèses, la liberté vestimentaire permet plus spécifiquement d'exprimer ses convictions religieuses. Pour un exemple s'agissant d'une vendeuse de vêtements qui manifestait sa foi islamique en étant « recouverte de la tête aux pieds », ce qui ne véhiculait guère l'image de marque de l'entreprise : Saint-Denis-de-la Réunion, 9-9-1997, D. 98 p 546 n. S. Farnocchia.

⁵ Cité par O. Rioux, Disney : une souris et des hommes, Liaisons sociales, suppl. mensuel 12-1991, n° 64, p 25. Sur la même affaire : C. Pettiti, Mary Poppins, Mickey et les libertés du travail, GP 29/31-12-1991.

jamais¹. Il est disproportionné que l'atteinte frappe des personnes n'ayant aucun contact avec la clientèle².

Dans les institutions confessionnelles enfin, le règlement intérieur ne devrait pas pouvoir faire obligation à l'ensemble des employés de respecter le caractère propre de l'établissement. Ainsi, la mesure n'a rien d'indispensable dans son application s'agissant d'agents d'entretien, qui ne sont pas représentatifs de l'institution et n'ont en principe aucun contact, en tous cas pédagogique, avec les élèves. L'appréciation s'impose ici avec la force de l'évidence, ce qui est loin d'être systématiquement le cas pour tous les actes juridiques attentatoires aux droits fondamentaux. L'incertitude est d'ailleurs encore plus manifeste lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le caractère équilibré de l'atteinte.

Section 2° : Une atteinte équilibrée.

255- L'idée d'équilibre impliquera ici un rapport harmonieux entre la satisfaction de l'intérêt servi par l'acte juridique litigieux d'une part et l'intensité de l'atteinte portée au droit fondamental d'autre part. Il n'est pas acceptable par exemple que pour un résultat somme toute modeste quant au but recherché par la stipulation critiquée, la contrainte imposée aux libertés de la personne apparaisse très poussée. Pour réutiliser une image chiffrée³, si les avantages, les bienfaits procurés par l'atteinte, "pèsent" 3 sur un plateau qui peut en compter 10, l'exigence d'équilibre s'opposera à ce que l'intensité de l'atteinte aux droits de la victime, pesée sur l'autre plateau de la balance⁴, soit de 5 sur 10. Seule une atteinte d'intensité 3 sur 10 répondra à la règle de proportionnalité au sens strict⁵.

¹ Dans le même sens : M.-C. Escande-Varniol, Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel, RJS 7/1993 p 403. En pratique, l'individu qui souhaite conserver sa barbe sera probablement orienté lors de l'entretien d'embauche vers des tâches de nettoyage ou de maintenance en coulisses, ce qui risque d'être moins valorisant qu'une expérience professionnelle au contact de la clientèle.

² Même lorsqu'un salarié est en rapport avec la clientèle, on ne saurait le licencier au seul motif qu'il porte une boucle d'oreille : C. prud'hommes Paris, 27-3-1987, cité par O. Rioux, art. précité. Il faudrait à tout le moins constater un trouble.

³ Cf. *supra* n° 246 au sujet du caractère indispensable de l'atteinte.

⁴ L'image de la balance a déjà été utilisée par la doctrine pour décrire l'équilibre « instable et délicat à assurer » entre d'une part le respect de la dignité, de la réputation et de la vie privée d'autrui, et d'autre part la liberté de la presse et le droit à l'information : X. Agostinelli, Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1994, n° 11s. Cf. déjà F. Gény, qui proposait d'utiliser « la balance de la justice » pour départager des intérêts opposés (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, LGDJ, 2° éd. 1954, nouveau tirage, t. II, n° 173). Sur les liens entre l'équilibre et la justice, v. N. Dion, Le juge et le désir du juste, D. 1999, chron. p 195.

⁵ Lorsque l'atteinte est ainsi de 3 ou 5 sur une échelle de 10, elle n'est pas encore substantielle (il reste une marge de manœuvre dans l'exercice du droit fondamental).

Une telle présentation est parfaitement abstraite, et montre que l'exigence d'équilibre, si elle est bien conçue sur le papier, s'avère plus facile à énoncer qu'à mettre en œuvre. Le caractère équilibré de l'atteinte se présente comme une règle rationnelle (§I), mais dont l'application est souvent délicate (§II).

§ I : Une règle rationnelle.

256- A la différence du contrôle du caractère indispensable de l'atteinte, il ne s'agit pas ici de comparer entre eux divers moyens afin de donner priorité au moins préjudiciable, mais de mettre en balance la satisfaction du but poursuivi avec la gravité du préjudice qu'entraîne ou peut entraîner l'acte juridique envisagé¹. Ce dernier est donc désormais examiné en lui-même afin de vérifier si ses avantages font jeu égal avec l'atteinte qu'il porte aux droits fondamentaux². C'est au terme d'un bilan coûts-avantages que l'on appréciera si l'aliénation de la liberté répond au critère de proportionnalité. Il faudra pour cela un bilan équilibré. On pourra par exemple estimer que, mises bout à bout, les contraintes acceptées par les participants à un jeu télévisé du type Loft Story sont sans doute indispensables à la réussite de ce programme³, mais s'avèrent disproportionnées : les répercussions prévisibles de l'émission sur ces individus, dont la destruction psychologique a été prédite par certains psychanalystes, pèsent trop lourd par rapport aux avantages, certes réels, d'une notoriété fulgurante. La comparaison peut être faite avec les conventions de mère porteuse, désormais condamnées par l'article 16-7 du Code civil : la détresse qu'est susceptible d'entraîner chez la femme l'abandon de l'enfant ne saurait contrebalancer la joie du couple receveur.

De manière générale, cette étape du contrôle consiste à s'attacher au caractère *raisonnable*⁴ de l'atteinte. L'équilibre est en effet l'endroit où s'établit l'ordre, au sens que

¹ Nous adaptons ici à notre propos ceux de J. Verhaegen, L'humainement inacceptable en droit de la justification, *in* Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, *op. cit.*, p 140. Cf. également M. Fromont, Le principe de proportionnalité, AJDA 1995, numéro spécial "Le droit administratif", p 156.

² Pour une approche similaire : W. Van Gerven, art. précité, p 306, qui se prononce à l'égard des restrictions à la liberté de circulation des marchandises qui préside au commerce intracommunautaire.

³ En ce sens D. Cohen (Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 6), étant précisé que cet auteur juge seulement le contrat de participation indispensable à la poursuite de sa finalité *blâmable*, à savoir asservir et instrumentaliser les individus ; dans cette logique, l'atteinte (à la dignité, selon l'auteur) serait donc d'emblée condamnée, faute de justification louable.

⁴ Ce critère s'impose progressivement à toutes sortes de stipulations contractuelles. Cf. ainsi Com. 13-5-1997, Soc. Estée Lauder (Bull. civ. IV, n° 131 ; JCP 99, I, 114, n° 4, obs. M. Fabre-Magnan) où la Cour de cassation approuve une Cour d'appel ayant sanctionné une clause d'approvisionnement minimum prévue dans un contrat de distribution sélective, et qui ne présentait pas un « caractère raisonnable ». Plus généralement, v. Ch. Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Arch. phil. droit 1978, t. 23, p 35.

prend ce terme « dans l'optique d'une normativité issue de la raison »¹. En 1947, le Doyen Carbonnier relevait dans le même esprit que l'inviolabilité de la personne humaine, « comme toutes les autres libertés individuelles », pouvait fléchir « au résultat d'une balance raisonnable à établir entre les intérêts en conflit »².

257- Dans certains domaines, cette obligation d'équilibre ne présente rien de très novateur. Elle s'est notamment imposée très tôt en ce qui concerne les actes juridiques organisant des atteintes à l'intégrité physique, pour lesquels il est vrai la méthode du bilan s'avère particulièrement maniable et efficace. Par exemple, selon un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation rendu en 1920, rien n'exige que « pour un si mince résultat », on risque de changer une imperfection physique en un mal véritable voire de l'aggraver³. Cette comparaison du bénéfice et des dangers n'est rien d'autre qu'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte. La remarque est la même s'agissant d'une espèce jugée en 1947 par la Cour d'appel de Chambéry, dans laquelle une compagnie d'assurance prétendait réduire l'indemnité versée à sa cliente victime d'un accident si cette dernière refusait de subir certaines opérations censées améliorer son état. La juridiction souligne à juste titre les risques graves inhérents à ces interventions, « alors qu'il serait téméraire d'en escompter d'avance des résultats »⁴. Cela consiste bien à soumettre les actes litigieux à un bilan coûts-efficacité.

258- Le devoir d'équilibre s'est propagé plus récemment au domaines des clauses de non-concurrence, les juges ne perdant à l'évidence aucune occasion de multiplier les obstacles à la licéité de ce type d'atteinte à la liberté du travail. Dans une affaire jugée en 1993 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, la Cour d'appel avait semble-t-il déjà suffisamment stigmatisé les restrictions au libre exercice de l'activité professionnelle en tant qu'elles étaient consécutives au retrait ou à l'éviction d'une organisation syndicale ; la haute juridiction approuve l'arrêt sur ce point tout en rajoutant que l'atteinte était « en outre (...)

¹ H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Idéalité et réalité du droit, les dimensions du raisonnement judiciaire*, LGDJ, 1980, p 149.

² J. Carbonnier, n. sous T. civ. Lille, 18-3-1947, D. 47 p 507s, spéc. p 509. Le propre de la raison, c'est d'abolir les conflits : L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II, *Le système des différentes valeurs*, PUF, 1955, p 401.

³ Civ. 29-11-1920, S. 21, 1, 119 (traitement médical visant à faire disparaître des poils sur le visage et ayant causé des cicatrices indélébiles).

⁴ Chambéry 22-12-1947, D. 48 p 172. La jurisprudence la plus récente se montre pour le moins réservée face à de telles pratiques. Dans une affaire où la Cour d'appel avait condamné un assureur à payer un capital ne tenant pas compte d'une amélioration qui devait normalement se produire par la pose d'une prothèse, le pourvoi prétendait que « le responsable d'un dommage n'a pas à supporter les conséquences financières du refus de la victime, de subir une intervention qui pourrait améliorer son état ». La Cour de cassation (Civ. 2°, 19-3-1997, Bull. civ. II, n° 86 ; RTDC 97 p 632 obs. J. Hauser ; *ibid.* p 675 obs. P. Jourdain ; LPA 8-3-1999 p 16 n. I. Lucas-Gallay) répond sèchement « qu'il résulte de l'article 16-3 du Code civil que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale ».

sans proportion avec la protection des intérêts commerciaux des moniteurs de ski »¹. Il est possible d'y voir la méthode des petits pas puisque à peine deux mois plus tard, la même formation énonce cette fois de manière plus solennelle qu'une clause de non-concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, ne doit pas être disproportionnée au regard de l'objet du contrat ². Il convient donc que les effets de la clause sur la liberté de l'obligé n'outrepassent pas l'intérêt du stipulant ; à défaut, il y aurait un déséquilibre ³. Or la licéité de l'atteinte s'arrête là où commence son caractère déséquilibré. Cette règle est certes plus facile à énoncer qu'à appliquer.

§ II : Une application délicate.

259- Pour opérer un bilan coûts-avantages, l'auteur de l'acte juridique ou les parties aux contrats, et après eux le juge si ce dernier est saisi, doivent faire preuve d'une certaine rigueur ou au moins d'une grande attention. Respecter le caractère équilibré de l'atteinte suppose en outre, et là seuls les particuliers sont concernés puisque l'on se situe en amont de toute saisine du juge, de réelles facultés d'anticipation : il s'agit d'évaluer dès l'adoption de l'acte attentatoire quels pourront en être les effets, aussi bien positifs pour l'intérêt protégé, que négatifs pour le droit fondamental considéré.

260- Le sens de la rigueur s'impose dans la mesure où l'appréciation du caractère proportionné, tel qu'il est envisagé ici, ne se conçoit pas sans un examen attentif des modalités de l'atteinte. Comme l'a écrit M. Desbois, « dans un domaine où il importe, pour faire œuvre de justice, de découvrir le point d'équilibre entre les intérêts des cocontractants, les modalités des conventions prennent une importance décisive »⁴. Cela est particulièrement clair à l'égard des dispositions prévoyant des mesures de fouille au sein de l'entreprise. Même indispensables, celles-ci ne sauraient être effectuées dans des conditions vexatoires ⁵, car l'atteinte au respect de la dignité des salariés serait alors disproportionnée par rapport à la

¹ Com. 9-11-1993, D. 94 SC p 220 obs. Y. Serra ; *ibid.* p 399 n. M. Lombard.

² Com. 4-1-1994, RTDC 94 p 349 obs. J. Mestre ; D. 95 p 205 n. Y. Serra.

³ On se permet de renvoyer à M. Gomy, Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence, Th. Perpignan, 1997.

⁴ H. Desbois, obs. sous Paris 15-11-1966, RTDCom 67 p 152 (à propos des conventions de mécénat entre peintres et marchands de tableaux).

⁵ C. Papadimitriou, Les libertés individuelles du salarié en France, en Italie et en Grèce, Th. Paris X, 1985, p 433.

satisfaction de l'intérêt de la lutte contre les vols, à supposer bien sûr qu'une telle justification soit admise dans l'entreprise considérée.

261- Une capacité d'anticipation est également de mise car le bilan à opérer peut prendre un tour quelque peu prospectif. Le meilleur exemple réside dans les conventions ayant le corps humain pour objet. Ainsi en matière de chirurgie esthétique, la Cour d'appel de Paris retient que « le chirurgien doit refuser d'opérer quand il y a disproportion manifeste entre les *risques* encourus et les résultats *aléatoires* envisagés »¹. Les mots employés sont caractéristiques. L'atteinte à l'intégrité physique n'est pas quantifiable de manière certaine car des complications peuvent survenir à la fois lors de l'opération et lors de la période postopératoire. Quant aux effets positifs de l'atteinte, il convient toujours d'en parler en termes d'avantages *escomptés*, de bénéfices *hypothétiques*. En dépit de ces difficultés d'évaluation, de ce manque de certitudes, un bilan raisonnable devra pourtant être effectué.

262- L'appréciation finale sur le caractère équilibré ou non de l'atteinte portée aux droits fondamentaux s'avérera, c'est une évidence, favorable ou défavorable. On en prendra un exemple de chaque.

263- Un cas de bilan favorable pourrait concerner l'obligation imposée aux passagers d'une compagnie aérienne ou même aux spectateurs de salles obscures de déconnecter leurs téléphones portables². Des hommes d'affaires importants, toujours entre deux appels, ne pourraient-ils pas invoquer, avec un certain goût de l'anachronisme et sans doute du ridicule, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et la liberté de la communication ? On leur répondrait sans doute que l'atteinte qui les frappe de plein fouet procède somme toute d'un équilibre raisonnable. Il n'existe aucune disproportion anormale entre le fait d'être privé pendant quelques heures de son appareil cellulaire (dont d'ailleurs on se passait très bien il y a encore quelques années), et le fait de préserver la sécurité des passagers en évitant tout risque d'interférence ou bien d'assurer des conditions propices à une projection sereine dans un complexe de cinéma dont c'est la vocation spécifique.

264- Un cas de rupture d'équilibre peut être envisagé à travers un exemple du contentieux que suscite un autre type d'équipement à la mode : les antennes paraboliques. Dans une affaire jugée en 1996 par le Tribunal d'instance de Strasbourg, un O.P.H.L.M.

¹ Paris 16-6-1995, Juris-Data n° 003607 ; cf. M.-H. Renault, L'évolution de l'acte médical, RDSS 1999 p 45s, spéc. p 62. Pour une formule similaire, v. Paris 13-1-1959, JCP 59, II, 11142 obs. R. Savatier, RTDC 59 p 322 obs. J. Mazeaud. On relèvera la clémence des juges dans ce domaine puisque seule la disproportion manifeste est jugée décisive. Dans des domaines plus sensibles, comme l'expérimentation médicale, une fermeté plus grande est requise. En ce sens : A. Decocq, *op. cit.*, *loc. cit.* (« les atteintes causées au patient doivent être strictement proportionnées à l'avantage qui doit en être tiré »).

² Sur ces hypothèses, E. Garaud, La violation d'un droit fondamental, Lamy Droit du contrat, n° 245-57.

s'opposait à l'installation à titre particulier (sur le balcon) d'un tel engin par un couple originaire du Maghreb. Ce dernier faisait *a priori* montre de mauvaise volonté puisqu'il avait déjà accès à un réseau câblé commun à l'immeuble. Son obstination à faire "bande à part" au détriment certain de l'esthétique de l'immeuble s'expliquait néanmoins par le fait que le réseau en question ne proposait aucune chaîne de culture arabe, d'où la frustration ressentie ¹.

L'O.P.H.L.M. se retranche derrière la loi du 2 juillet 1966 modifiée qui permet de s'opposer à l'installation d'une antenne individuelle dès lors qu'est proposée une offre de raccordement à un réseau interne à l'immeuble. Le tribunal résout le litige en faisant intervenir l'article 10 de la CEDH qui garantit la liberté de recevoir des informations ² ; les défendeurs avaient ainsi « le droit de recevoir (...) des programmes spécifiques à leur région et culture d'origine »³. Pour se prononcer sur la licéité de la restriction à l'exercice de ce droit fondamental, le tribunal procède à son évaluation sous l'angle du § 2 de l'article 10. Il est ainsi conduit à rechercher si l'ingérence est ou non proportionnée. Or le déséquilibre s'avère évident : d'un côté la satisfaction du propriétaire de favoriser la câblage de l'immeuble sous son contrôle, qui paraît bien modeste voire anecdotique, de l'autre une limitation importante frappant deux individus « privés d'informations pour eux essentielles ». L'interdiction d'utiliser l'antenne litigieuse est dès lors jugée contraire à la Convention européenne.

265- A dire vrai, les deux exemples choisis ne posaient pas de réelles difficultés ; les "scrutins" n'étaient pas serrés. Dans d'autres hypothèses, l'incertitude sera plus grande ⁴. Cela est d'ailleurs parfaitement normal : il est bien difficile de comparer le degré de l'atteinte portée à un droit et le degré de satisfaction d'un intérêt qui peut lui-même être un autre droit fondamental. A cet égard, l'image de la balance s'avère assez trompeuse car même lorsque l'on met des fruits sur le plateau de droite et des légumes sur celui de gauche, on voit automatiquement lequel est le plus lourd ! L'hésitation est au contraire permise en matière de

¹ Pour une hypothèse similaire, s'agissant cette fois d'une personne originaire de Roumanie : Paris 28-3-1995, D. 96, SC p 379, obs. CRDP Nancy II.

² En la matière, « le droit à l'information et à la liberté de communication (...) consacré par la Constitution » est parfois sollicité. En ce sens, v. un jugement du TI d'Antony, soumis en appel à la Cour de Versailles (13-10-1998, JCP 99, II, 10030 n. D. da Silva Farge).

³ T.I. Strasbourg 19-11-1996, LPA 17-12-1997 p 25 n. L. Bartmann. Ce type de situations peut être à l'origine de formules assez indélicates de la part de certaines juridictions. Ex : Paris 6-3-1997, Loyers et copropriété 97 n° 157, qui retient qu'il est « bien connu en France que les personnes originaires d'Afrique du Nord qui sollicitent la pose d'une parabole souhaitent exclusivement recevoir les émissions de la télévision algérienne ».

⁴ En matière de vidéosurveillance des baby-sitters, il a pu être estimé que la balance avantages-inconvénients rendait le filmage acceptable (B. Belloir-Caux, Des employés sous très haute surveillance, LPA 20-8-1999 p 4s, spéc. p 9). On imagine bien néanmoins les débats passionnés que peut susciter une telle appréciation. Dans un domaine voisin, il nous semble disproportionné que le système de vidéosurveillance des parties communes mis en place au sein d'une copropriété puisse permettre aux occupants de passer s'ils le souhaitent l'intégralité de leur temps libre à visionner sur leur poste de télévision les allées et venues des voisins dans lesdites parties.

droits fondamentaux. Cette pesée constitue bien un des problèmes les plus délicats que le juriste ait à connaître ¹. Les avis divergents des juridictions le montrent, surtout dans les domaines dits sensibles, par exemple en matière d'opérations chirurgicales de conversion sexuelle pratiquées à la demande de transsexuels.

La Cour d'Aix-en-Provence estimait ainsi en 1990 que l'atteinte portée à l'intégrité physique était plus grave, voire plus catastrophique que le mal auquel elle était censée porter remède. Ce déséquilibre ne pouvait que concourir à l'illicéité de l'opération ². Dans les arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1992, la discussion était centrée sur la rectification de l'état civil, le débat sur la licéité de l'opération semblant quelque peu dépassé ³. La validité de ce type d'intervention apparaît admise ⁴ et il faut donc retenir désormais que l'atteinte infligée au corps s'avère proportionnée.

¹ En ce sens J. Verhaegen, *op. cit.*, *loc. cit.*

² Les juges n'y voyaient de toute façon pas d'intérêt légitime, faute d'intérêt thérapeutique : Aix-en-Provence 23-4-1990, JCP 91, II, 21720 n. G. Mémeteau ; GP 90, 2, 575 n. J.-P. Doucet. Le caractère proportionné de l'atteinte pouvait sans doute difficilement être retenu dans cette espèce tragique, dès lors que le patient s'était suicidé, déçu par l'opération. Dans ce type de situations, la tournure que prennent les événements rétroagit en quelque sorte sur l'appréciation du caractère proportionné, telle qu'elle aurait dû être effectuée lors de la conclusion du contrat médical.

³ La haute assemblée précise d'emblée que le traitement a été subit dans un but thérapeutique (Ass. Plén. 11-12-1992, deux arrêts, JCP 93, II, 21991 concl. Jéol et n. G. Mémeteau, Rép. Def. 93 p 431 n. J. Massip), ce qui certes ne sera pas toujours le cas (V. Crim. 30-5-1991, Bull. crim. n° 232, rejetant le pourvoi contre l'arrêt d'Aix, précité). Sur cet aspect des décisions de 1992, cf. A. Sériaux, *Le droit : une introduction*, éd. Ellipses, 1997, p 250s.

⁴ Pour un avis favorable : J. Penneau, *Corps humain*, Rép. civil Dalloz, 1995, n° 180. L'ordre des médecins a approuvé dès 1979 un protocole d'intervention (Bull. ordre 7/1983, p 268), ce qui tend à apaiser les craintes que le droit ne consacre des faux changements de sexe (v. G. Mémeteau, n. précitée sous Aix-en-Provence 23-4-1990).

Conclusion du Chapitre II.

266- Le principe de proportionnalité n'offre assurément aucune solution toute prête ¹. Il postule seulement la marche à suivre : vérifier le caractère indispensable de l'atteinte précisément infligée aux droits fondamentaux, ainsi que son caractère équilibré. L'exercice est contraignant, technique. Il participe à la volonté de « s'occuper des droits de l'homme avec des prétentions rationnelles », ce qui selon certains « est une manière pénible de perdre son temps », voire de « prostituer "idéologiquement" la raison »². Cela explique pourquoi, en 1933, un auteur s'autorisait à peine à formuler, à l'égard des conventions relatives à la personne physique, « cette indication assez vague que l'illicéité résulte essentiellement de la disproportion (...) »³. Domat avait pourtant déjà montré la voie en écrivant que « les engagements volontaires entre particuliers doivent être proportionnés aux différents besoins qui leur en rendent l'usage nécessaire »⁴. Cette formule s'avère peut-être trop stricte pour le droit commun des contrats, mais se justifie parfaitement dès lors qu'un droit fondamental est lésé.

Un point de vue positif consistera à se féliciter du caractère souple de la dialectique proportionnelle ⁵. Bien mise en œuvre, elle permet d'atteindre un équilibre subtil conciliant les intérêts de chacun ; en particulier, elle ne sacrifie pas les droits fondamentaux sur l'autel de la conciliation. Le revers de la médaille reste qu'évidemment « si tout est question d'équilibre, tout devient question d'espèce »⁶, ce qui montre que le jugement de

¹ W. Van Gerven, art. précité, p 309.

² A. Ollero-Tassara, Droit "positif" et droits de l'homme, éd. Bière, 1997, p 83.

³ A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. de législation et de jurisprudence 1933 p 362s, n° 9.

⁴ Cité par H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. II/ 1° volume, Obligations, théorie générale, éd. Montchrestien, 9° éd. 1998, p 40.

⁵ Cf. F. Ost : le principe de proportionnalité « est de nature à assurer une mise en œuvre efficace et adaptative de la régulation juridique et cela au bénéfice du raisonnement qui contraste avec les pseudo-certitudes que prétend induire la logique du vrai et du faux, du permis et de l'interdit » (F. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH, in M. Delmas-Marty (dir.), Raisonner la raison d'Etat, (vers une Europe des droits de l'homme), PUF, 1989, p 405s, spéc. p 462).

⁶ D. Lochak, Les bornes de la liberté, Pouvoirs 1998, n° 84, p 15s, spéc. p 23.

proportionnalité conduit par nature à une « décision intuitive et atypique qui n'est pas destinée à faire jurisprudence »¹.

L'appréciation du caractère non substantiel de l'atteinte réserve-t-elle plus de certitudes ?

¹ C'est la définition du jugement d'équité donnée par P. Jestaz (Rép. dr. civil, V° Equité, 1972, n° 3), et utilisée par A. Debet, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Th. Paris II, 2001, p 272.

Chapitre III : Le caractère non substantiel de l'atteinte.

267- La troisième étape du contrôle d'un acte juridique empiétant sur le bloc de fondamentalité consiste à s'assurer que l'atteinte portée à telle ou telle liberté ne heurte pas la substance même de cette prérogative. Par rapport au critère précédent, la démarche s'avère fort différente ; il ne s'agit plus de comparer deux éléments, et de s'assurer d'un équilibre. Le regard est désormais tourné en une seule direction : l'intensité de l'atteinte. Il convient néanmoins de préciser l'articulation de ce critère avec le test de proportionnalité.

268- Lorsqu'un acte juridique attentatoire à un droit fondamental aura échoué lors de la deuxième étape du contrôle, vérifier le caractère substantiel ou non de l'atteinte engendrée apparaît relativement superflu. Si ce caractère était mis en évidence, il constituerait sans doute une "cause aggravante", mais le sort de l'acte était de toute façon déjà compromis. Si au contraire l'atteinte jugée disproportionnée ne réduit pas à néant la liberté considérée, on ne pourra certes pas dire que l'acte était *gravement* illicite, mais il faudra quand même l'interdire, car sinon, cela reviendrait à ne faire produire aucune conséquence à son échec au test de proportionnalité. Le caractère non substantiel de l'atteinte ne saurait sauver un acte jugé excessif lors de la deuxième étape du contrôle.

269- Rechercher si l'incursion dans un droit fondamental conserve un caractère restreint est une étape dont l'utilité n'apparaît en réalité que si l'acte considéré a précisément déjà franchi les deux premiers stades du contrôle. Il est justifié, proportionné ; s'en tient-il en outre à une lésion modeste de la liberté envisagée ? La question mérite d'être posée car l'on peut tout à fait imaginer une atteinte permettant de réaliser parfaitement un intérêt légitime donné, au prix de l'annihilation complète du droit fondamental considéré. La balance s'avère ainsi équilibrée (le but louable est satisfait à hauteur de 10 sur 10, tandis que l'intensité de l'atteinte à la liberté est également de 10 sur une échelle de 10), mais il n'est pas acceptable d'admettre une spoliation aussi substantielle d'un droit prééminent¹. Ce sentiment confine au bon sens, seule sa formulation pouvant paraître novatrice. Si celle-ci se met en effet à gagner du terrain², les tribunaux semblent encore relativement peu habitués à ce type d'argument.

¹ Un exemple pourrait être le suivant : une opération chirurgicale permettant seule de sauver d'une maladie incurable un jeune individu, mais au prix de l'utilisation des organes d'un vieillard, qui consent à ce que lui soit administré un "cocktail de la mort". On est obligé de songer également aux expériences commandées par les nazis, telles que rapportées par M. Rolland : « qu'importait (...) aux plus grands chirurgiens allemands (...) la mort de quelques Polonais aux jambes artificiellement infectées par des opérations, si les sulfamides étudiés permettaient le sauvetage de mille soldats » (Le respect de l'homme et l'expérimentation médicale, *in* Mélanges R. Cassin, t. I, Pédone, 1969, p 247s, spéc. p 257)

² V. ainsi la formulation limpide retenue dans l'arrêt *Le Collinet* (Civ. 1°, 21-3-2000, D. 2000 p 593 n. Ch. Atias ; RTDC 2000 p 592 obs. P.-Y. Gautier ; Cont. Conc. Conso. 8/9-2000, comm. 126, obs. L. Leveneur) : « le

Dans une espèce soumise à la Cour d'appel de Paris en 1993, des copropriétaires désireux d'exercer une activité de restauration soutenaient que le principe de la liberté du commerce « se trouvait vidé de sa substance », du fait d'un règlement de copropriété autorisant certes l'exercice de toutes les professions et commerces mais excluant tous ceux susceptibles d'occasionner bruits et odeurs. Les juges ne répondent pas à l'argument, se contentant de souligner que « les copropriétaires ont désiré concilier la vocation commerciale de certains lots avec une légitime tranquillité des occupants de l'immeuble »¹. L'argument avancé aurait mérité une réponse au fond, même négative.

270- Même s'il n'a en principe vocation qu'à intervenir en dernier, il paraît possible d'imaginer des cas où ce contrôle du caractère substantiel ou non de l'atteinte, loin d'être délaissé par le juge, sera au contraire mis en œuvre de façon préférentielle aux autres étapes du contrôle. Si par exemple l'acte litigieux prohibe manifestement toute faculté d'exercice d'un droit fondamental, brime ce dernier au point d'en nier l'existence, à quoi bon faire mine de ne découvrir ce caractère qu'à la troisième étape de l'analyse, c'est-à-dire seulement après avoir examiné la justification et la proportionnalité de l'atteinte ? Si le vice saute aux yeux, il n'est pas forcément blâmable de court-circuiter le raisonnement proposé et de se focaliser d'emblée sur le caractère substantiel de l'atteinte².

270- Le nœud du problème résidera, quelle que soit la situation considérée, dans le jugement porté sur ce caractère. A partir de quel seuil la disposition d'un droit, la limitation d'une liberté, heurtent-elles le cœur même de ces prérogatives ? Comment déterminer l'atteinte substantielle (**Section 1°**), et quels sont les critères de l'atteinte non substantielle (**Section 2°**) ?

droit à un tribunal consacré par l'article 6, 1, de la Convention européenne des droits de l'homme peut connaître des restrictions **dans la mesure où il n'est pas atteint dans sa substance** ».

¹ Paris 6-5-1993, RDI 93 p 413 obs. P. Capoulade et Cl. Giverdon. En l'occurrence, les activités de restauration durent cesser.

² V. ainsi J.P. Müller, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Staempfli Berne, 1983, p 150 : la constatation d'une atteinte au noyau intangible signifie que le juge n'a plus besoin d'examiner si les autres conditions de restriction aux droits fondamentaux sont remplies.

Section 1° : Détermination de l'atteinte substantielle.

271- Pour se prononcer sur les caractéristiques de l'atteinte atteignant la substance même d'un droit fondamental, il est tentant d'examiner les solutions qui prévalent dans les autres domaines du droit où la notion de substance est également utilisée. On songe d'abord à l'erreur source de nullité d'un contrat, « lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet » (article 1110 du Code civil). En la matière, la substance fut classiquement définie comme « la qualité principale et caractéristique qui individualise la chose, qui la rend spécialement propre à un certain usage et d'où elle tire son nom »¹. A cette conception objective, la jurisprudence a néanmoins préféré une approche subjective, axée non sur la matière de la chose mais sur ses qualités qui ont déterminé les parties à contracter².

L'article 180, alinéa 2, du Code civil permet quant à lui à un époux de demander la nullité du mariage en cas d'erreur « sur des qualités essentielles de la personne ». L'expression "qualités substantielles" aurait sans doute eu la même portée. Or en la matière, une double approche est également envisageable : l'analyse objective conduit à rechercher ce qui est *in abstracto* de l'essence du mariage (un minimum physiologique et psychologique), la conception subjective consistant à examiner dans chaque espèce si a été déterminante telle ou telle qualité qui ne l'aurait pas été dans la moyenne des cas³. En droit du travail, l'appellation aujourd'hui délaissée de "modification substantielle" du contrat renvoyait de la même manière soit à des éléments par nature essentiels (rémunération, qualification, durée du travail...), soit à des éléments que les parties avaient décidé de considérer comme tels.

272- Dans le domaine des droits fondamentaux, l'analyse de la lésion substantielle est pareillement susceptible d'être menée de manière soit objective, soit subjective. Les deux voies s'avèrent opérationnelles et il convient pour cette raison de ne pas les opposer de manière radicale⁴. Elles ne correspondent pas vraiment aux mêmes situations, voilà tout. On peut certes trouver des types d'actes juridiques pour lesquels l'analyse objective semble aujourd'hui abandonnée au profit de l'approche subjective. S'agissant par exemple des

¹ Demolombe, cité par A. Sériaux, Droit des obligations, Puf, 2^e éd. 1998, n° 16. Cf. également Ph. Malinvaud (De l'erreur sur la substance, D. 1972 chron. p 43), pour qui est substantiel tout élément « dont l'absence dénaturerait la chose à un point tel qu'elle serait autre chose ».

² J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, Puf, 22^e éd. 2000, n° 41 ; J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 3^e éd. 1993, n° 498 ; G. Vivien, De l'erreur déterminante et substantielle, RTDC 1992 p 305s, spéc. n° 41.

³ J. Carbonnier, Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, Puf, 20^e éd. 1999, p 401.

⁴ En matière d'erreur sur la substance, v. Ph. Malinvaud, chron. précitée, pour qui la combinaison des conceptions objective et subjective est non seulement possible mais souhaitable.

clauses d'inaliénabilité ou bien de non-concurrence, l'heure est aujourd'hui aux analyses circonstanciées et non plus aux critères abstraits¹. Il est tentant de s'en féliciter, l'individu et la situation d'espèce étant placés au centre de l'analyse. Ce sentiment pourrait cependant s'avérer réducteur, car raisonner de manière subjective pour déterminer le caractère substantiel de l'atteinte, c'est prendre le risque de découvrir qu'en réalité, l'acte dénoncé ne réalise qu'une atteinte mineure aux droits fondamentaux.

On étudiera successivement l'atteinte objectivement substantielle (§ I), et l'atteinte subjectivement substantielle (§ II).

§ I : L'approche objective.

273- L'atteinte objectivement substantielle devra être entendue comme celle pour laquelle la formulation de l'acte litigieux ne laisse guère planer de doutes : l'atteinte stipulée revêt un caractère tellement drastique qu'il n'est pas vraiment besoin de procéder à un examen circonstancié pour se prononcer sur son caractère substantiel. Les situations les plus courantes se rattacheront à deux cas de figures, selon que l'atteinte constituera un abandon irréversible, sans retour possible au *statu quo ante* (A-), ou consistera en la suppression totale d'un droit fondamental (B-).

A- L'abandon irréversible d'un droit fondamental.

274- L'atteinte sera substantielle lorsqu'un acte juridique heurtera de manière permanente et irréversible un droit prééminent, le plus souvent le droit au respect de l'intégrité physique. Comme l'énonce l'article 5 du Code civil italien, « les actes de disposition de son propre corps sont défendus lorsqu'ils produisent une diminution permanente de l'intégrité physique (...)»². On en donnera quelques illustrations.

¹ Sur l'attitude jurisprudentielle traditionnelle adoptant une analyse formelle et impersonnelle des stipulations, v. par exemple : Req. 17-3-1925 (S. 27 p 281 n. R. Morel), qui concentre son attention sur le caractère temporaire ou perpétuel d'une clause d'inaliénabilité, et Civ. 24-1-1866 (S. 66, 1, 43), qui prohibe seulement les interdictions absolues à la liberté du travail et de l'industrie. Sur le passage de l'appréciation objective à l'appréciation subjective en matière de clauses de non-concurrence : J. Azéma, La durée des contrats successifs, LGDJ, 1969, n° 166.

² Cité par M.T. Meulders-Klein et B. Maigain (collab.), Le droit de disposer de soi-même, étendue et limites en droit comparé, in Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles, 1982, p 215. En France, la commission de révision du Code civil souhaitait interdire les actes ayant pour effet « de porter une atteinte grave et définitive à l'intégrité du corps humain » : v. R. Saint-Alary, Les droits de l'homme sur son propre corps, in Troisièmes journées de droit franco-espagnol, Toulouse, Mai 1957, Annales de la Faculté de droit de Toulouse 58, tome VI, fasc. 1, p 67s, spéc. p 80.

275- La personne (vivante) qui abandonne un rein à un proche (condition déduite de l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique) ne se prive-t-elle pas *ad vitam eternam* d'un organe substantiel ? Le Doyen Savatier indiquait en ce sens que les chances de vie du donneur s'en trouvent diminuées, « non que l'autre rein ne puisse suffire à la tâche, mais si cet autre rein devient malade, le malade meurt »¹. Il est à cet égard inopérant de rétorquer que le donneur pourrait en cas de difficultés solliciter à son tour une greffe, car ce serait esquiver le débat concernant la validité intrinsèque de la première opération.

276- La pratique de la stérilisation ne présente-t-elle pas elle aussi le caractère d'un abandon irrémédiable ? Un auteur a parlé de manière significative de « destruction par stérilisation »². Il est vrai que l'acte représente pour l'individu l'aliénation définitive de son matériel génétique destiné à la procréation³. Dans ces conditions, il faudrait condamner la stérilisation de convenance (notamment la ligature des trompes en dehors de toute nécessité thérapeutique), c'est-à-dire celle pratiquée à des fins strictement contraceptives⁴. Le législateur contemporain n'est pas de cet avis⁵, et il a sans doute raison, au moins d'un point de vue logique. Interdire la stérilisation à visée contraceptive au nom de son caractère irréversible obligerait en effet, selon le même argument, à interdire l'acte identique fondé cette fois sur un impératif thérapeutique, ce qui ne paraît guère satisfaisant. Opérer une femme afin d'empêcher la survenance d'une grossesse qui pourrait lui être fatale doit être possible, nonobstant la privation de la possibilité de donner la vie⁶.

¹ R. Savatier, Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, in Mélanges V. Gothot, Liège, 1962, p 567s, spéc. p 589.

² S. Prieur, La disposition par l'individu de son corps, Th. Dijon, 1998, n° 276.

³ J.-Ch. Galloux, Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, Th. Bordeaux, 1988, p 396.

⁴ Cass., avis du 6 juillet 1998 (RTDC 98 p 881 obs. J Hauser), qui se fonde sur l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil tel qu'il était rédigé alors, c'est-à-dire avant la loi du 27 juillet 1999 : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité *thérapeutique* pour la personne ». La loi précitée a remplacé l'adjectif *thérapeutique* par *médicale* : v. D. Thouvenin, Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil, D. 2000 chron. p 485. C'est là augmenter les possibilités de justification de l'atteinte, mais certains diront que les conséquences substantielles de cette dernière, inadmissibles, subsistent.

⁵ V. la loi du 4 juillet 2001 relative à l'IVG et à la contraception, qui légalise la stérilisation à visée contraceptive (art. L. 2123-1s du Code de la santé publique), qui était devenue il est vrai une pratique « pluriquotidienne » (v. B. Py, Le sexe et le droit, Puf, 1999, p 25).

⁶ L'argument de la survie du parent potentiel ne semble pas devoir jouer s'agissant d'un individu masculin candidat à la stérilisation. On pourrait donc, le concernant, lui interdire la stérilisation de convenance, sans risquer d'introduire une incohérence par rapport à la stérilisation contraceptive. Interdire aux seuls mâles l'abandon irréversible de leurs capacités de procréation reviendrait cependant à introduire une discrimination...

277- Un testament de vie par lequel une personne déclarerait s'opposer à la prolongation artificielle de son existence¹ n'équivaut-il pas plus que tout autre à une renonciation irréversible au droit à la vie ? L'acte viole cette loi de la nature qui selon Hobbes interdit aux gens de faire ce qui mène à leur destruction². Il s'agit pourtant d'un domaine où semble régner un principe de tolérance³. Peut-on alors soutenir l'illicéité de ce type d'acte⁴ en soulignant qu'il entraîne une atteinte irréversible à la dignité de la personne humaine⁵ ? Rien n'est moins sûr, car prétendre renoncer à tout acharnement thérapeutique contribue dans le même temps à promouvoir la dignité du mourant⁶ et donc à éviter une atteinte substantielle à cette dignité. On constate ici le "piège" de la notion de dignité, en ce que celle-ci est susceptible d'être utilisée « à l'endroit ou à l'envers, pour justifier tantôt la protection de la personne, tantôt le droit de disposer de soi-même »⁷.

Il est clair que malgré le caractère irréversible des lésions étudiées, l'objet de l'atteinte, à savoir le corps humain, empêche de prononcer des condamnations fermes des actes considérés. Même envisagées en termes d'ingérences dans les droits fondamentaux, les atteintes à l'intégrité physique restent parfois rétives à l'entreprise de systématisation, notamment quand il est question de mort ou de procréation.

¹ I. Arnoux, Les droits de l'être humain sur son corps, PU de Bordeaux, 1994, p 409s. On parle d'orthothanasie, ou d'euthanasie passive : J. Robert et J. Duffar, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, 7^o éd. 1999, p 221. On a critiqué l'expression "testament" car il ne s'agit pas ici de disposer ce qui doit être fait après la mort ; en outre, s'agissant d'un acte ayant la mort pour objet, l'expression "testament de mort" serait plus juste : Ph. Malaurie, Le respect de la vie en droit civil, in Mélanges L. Boyer, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p 429s, spéc. p 440.

² *Léviathan*, chap. XIV, cité par B. Edelman, Universalité et droits de l'homme, in M. Delmas-Marty (dir.), Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne, PUF, 1992, p 153s, spéc. p 157.

³ V. en ce sens Com. EDH, 10-2-1993, W c/ Suisse, Bull. dr. homme 1993 p 65 : le législateur « ne peut être critiqué pour s'être abstenu d'édicter une disposition punissant l'euthanasie passive ».

⁴ Que l'on distinguera de la demande euthanasique, qui constitue un simple *fait* juridique dès lors que le mourant ne maîtrise pas les conséquences juridiques d'ordre pénal (pour celui qui administre la mort) que le droit y attache (V. en ce sens S. Prieur, *op. cit.*, n^o 281).

⁵ En ce sens, semble-t-il : Ch. Plounévez, La dignité humaine et le corps humain, Mémoire Limoges, 1998, p 99.

⁶ On indiquera cependant que le Conseil national de l'Ordre peut, sans violer le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ni l'article 3 de la CEDH, sanctionner pour faute déontologique le médecin ayant délibérément provoqué la mort d'une patiente en phase terminale : CE 20-12-2000, Duffau, RDSS 2/2001 p 282 concl. R. Schwartz.

⁷ M.-T. Meulders-Klein, La personne, la famille et le droit, Trois décennies de mutation en occident, Bruylant-LGDJ, 1999, p 524. Plus largement, cela traduit l'hésitation entre le personnalisme et l'individualisme, c'est-à-dire entre le respect dû à la personne et le culte de la liberté individuelle (sur ces aspects, v. P. Roubier, Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 1946, p 230s).

B- La suppression totale d'un droit fondamental.

278- Il n'est pas rare que soient stipulées entre personnes privées des clauses emportant anéantissement complet, sans limite, d'un droit fondamental. Le phénomène semble naturellement choquant, même s'il n'est pas sûr que les particuliers aient vraiment conscience de bafouer aussi substantiellement le bloc de fundamentalité. Ils sont plutôt grisés par leur pouvoir de disposer ou leur liberté d'embaucher, qu'ils estiment pouvoir utiliser en imposant les conditions qu'ils souhaitent. Les donataires comme les salariés sont d'ailleurs rarement en situation de discuter les modalités de l'acte ¹.

279- Les clauses de célibat ou de résidence forcée peuvent ici être mentionnées ; elles sont susceptibles de figurer aussi bien dans un testament que dans un contrat de travail. Les atteintes ainsi stipulées paraissent à l'évidence substantielles. En effet, la liberté du mariage consiste avant tout dans une possibilité de choix offerte à l'individu : s'unir officiellement ou bien rester célibataire, concubin ou pacsé. L'interdiction de contracter toute union spolie à la base cette liberté. L'atteinte ne s'analyse pas comme une limitation de la marge de manœuvre accordée au sujet dans l'exercice de son droit, elle l'annihile au contraire totalement ². De la même façon, l'obligation domiciliaire ne saurait s'analyser en une restriction apportée à la liberté de choix de résidence (article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH) : elle la nie complètement en imposant un lieu d'établissement ³.

280- Une objection surgit cependant en matière de libéralités. Le légataire tenu par exemple d'habiter la maison léguée ⁴ peut toujours, s'il le désire, quitter sa prison dorée ; il en perdra le cas échéant le bénéfice mais jamais personne ne saurait le contraindre *manu militari* à habiter la demeure. L'argument traduit toutefois une erreur de perspective. Il ne s'agit pas de se demander s'il est possible de se dérober à une atteinte aux droits fondamentaux mais si une telle contrainte domiciliaire peut être valablement stipulée. L'approche étant ici objective,

¹ V. notamment Y. Flour et I. Bonté, in M. Grimaldi (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz, 1998, n° 3170.

² On insistera ici sur le fait que ce qui condamne la stipulation, c'est bien son caractère radical, et non une prétendue impossibilité de déroger au principe du droit au mariage que l'on déduirait de l'absence de limitation formelle mentionnée à l'article 12 de la CEDH.

³ Or « on ne peut diminuer sa liberté en promettant de fixer irrévocablement son domicile en un lieu déterminé » : R. Demogue, Traité des obligations en général, I, Sources des obligations, t. II, Librairie Rousseau, 1923, n° 800.

⁴ Pour un exemple parmi d'autres d'une telle stipulation : Cass. 1° sect. civ. 28-11-1955, Bull. I n° 413, où la Cour d'appel avait justement jugé la clause contraire à la liberté individuelle. Un arrêt ancien (Bordeaux 25-8-1876, S. 77, 2, 247) a vu dans ce type de clause une atteinte grave à la liberté personnelle du légataire, privé « du droit dont jouit chaque français devenu majeur de fixer son habitation dans le lieu où l'appellent ses intérêts les plus sérieux ».

la question est de savoir si *in abstracto* le degré de nuisance de l'acte critiqué dépasse ou non le seuil de tolérance.

Le raisonnement est le même dans le cadre d'un contrat de travail. Le salarié conserve certes la faculté de passer outre une stipulation emportant annihilation complète de sa liberté matrimoniale ou domiciliaire. Une clause de célibat ne saurait en effet empêcher le salarié (toujours citoyen que l'on sache) de se marier, pas plus qu'une résidence imposée par l'employeur ne lui interdit de contacter des déménageurs ! Là encore cependant, l'objection élude la question première de la validité de l'atteinte et néglige la contrainte qu'exerce le contrat de travail.

281- S'agissant des deux types de clauses envisagées, la tradition joue en l'occurrence en faveur de leur condamnation. Un texte du Digeste déclarait déjà illicite, comme portant atteinte à la liberté, la condition imposée à un légataire de résider dans un certain lieu ¹. Le droit romain classique considérait également que la condition absolue de ne pas se marier insérée dans des dispositions à titre gratuit était contraire à l'ordre public ². A l'heure actuelle, les clauses de célibat sont par exemple formellement interdites en Belgique et en Italie ³. On considère en France qu'elles sont pour le moins contraires à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a consacré le caractère fondamental de la liberté du mariage ⁴.

Au cas particulier, faut-il par exception se montrer conciliant envers la clause imposant une résidence déterminée à certains salariés ? L'hypothèse serait par exemple celle d'un gardien embauché à titre saisonnier. L'atteinte au choix du lieu de vie est indéniablement totale, substantielle, mais l'on pourrait fort bien relever qu'elle est limitée dans le temps : le salarié recouvre sa liberté à l'issue du contrat ⁵. Le dilemme peut sans doute être résolu par

¹ L. 71, § 2, liv. 35, tit. 1^{er}, cité par R. Morel, n. sous Req. 17-3-1925, S. 27 p 281 (dans cette affaire, les juges considèrent que le légataire ne peut soutenir l'illicéité au regard du droit de liberté individuelle de l'obligation d'habiter l'immeuble légué dès lors que celle-ci présentait un caractère temporaire -20 ans-).

² A. Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, RTDC 1967 p 45s, spéc. n° 5. Cf. également la formule de TGI Chaumont, 25-9-1969, JCP 70, II, 16213, obs. M. D., qui retient qu'une clause de non-remariage est d'autant plus répréhensible « qu'elle est absolue et qu'elle n'est limitée ni dans le temps ni quant aux personnes susceptibles de se marier avec dame Minel ».

³ A. Bénabent, La liberté individuelle et le mariage, RTDC 1973 p 440s, spéc. n° 24. En Italie, l'article 63 du Code civil interdit les clauses de célibat dans les libéralités, tandis que la loi du 9 janvier 1963 prohibe la clause *de nubilitate* prévoyant la résiliation du contrat de travail des femmes à la suite d'un mariage (V. sur ce dernier point C. Zanghi, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées (Italie), in R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, T. III, Pédone 1971, p 269s, spéc. p 275).

⁴ En ce sens B. Beignier, obs. sous Poitiers 17-2-1998, Dr. famille 99, comm. 56 (l'auteur parle de liberté civile). Sur la constitutionnalisation de la liberté du mariage, cf. CC 13-8-1993, Maîtrise de l'immigration.

⁵ L'objection peut être identique au sujet d'une clause de célibat insérée dans un CDD. Le débat est néanmoins esquivé si l'on veut bien considérer qu'une telle stipulation a en principe déjà succombé lors des étapes précédentes du contrôle de sa validité (cf. n° 224 et 227). L'argument tiré de la nature temporaire de

d'autres voies. D'une part, si cette "assignation à résidence" a pour but de rendre disponible le salarié 24 heures sur 24, on peut se demander si cette durée du temps de travail ne confine pas à l'état d'esclave. D'autre part, pour peu que l'employeur ait exigé du travailleur qu'il réside sur place *avec sa famille*¹, la question sera alors avant tout de savoir si cette obligation repose sur un intérêt réel et si l'atteinte est proportionnée. On peut en douter².

282- Une autre illustration de suppression totale d'un droit fondamental réside dans les clauses prohibant l'exercice de tout recours juridictionnel³. Le droit au juge constitue une prérogative fondamentale⁴, que le Conseil Constitutionnel a notamment pu rattacher à l'article 16 de la DDH⁵. Bien que contestable, l'atteinte portée à ce droit n'est pas à proprement parler radicale lorsqu'une clause se contente de prévoir que l'exercice d'une action en justice entraînera *de facto* une majoration du montant de la dette du débiteur⁶. L'atteinte est en revanche indéniablement substantielle lorsqu'une clause stipule que « le locataire renonce à former, pendant tout le cours du bail, aucune réclamation en dommages-intérêts contre le bailleur, et à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux ou

l'interdiction doit cependant être manié avec précaution, car il est parfois un faux ami. Cf. ainsi Cour EDH 18-12-1987, F. c/ Suisse : une interdiction de remariage d'une durée de trois ans (prononcée par le juge civil) constitue une atteinte à la substance du droit au mariage - décision adoptée par 9 voix contre 8. La formule est trompeuse car en réalité la Cour a sanctionné dans cette affaire l'absence de proportionnalité de la mesure.

¹ Sur cette hypothèse, v. notamment B. Gauriau, Mobilité et obligation de résidence du salarié, Dr. social 1996 p 1016s, spéc. p 1021.

² En ce sens E. Garaud, n. sous Soc. 12-1-1999, Spileers, RJPF 5/99 p 8 : « les conditions posées sont si difficiles à remplir qu'on voit mal dans quelle hypothèse exceptionnelle la clause litigieuse sera validée ». Encore plus catégorique : J.-E. Ray, n. sous Soc. 14-12-1999, Dr. social 2000 p 163, qui estime que l'arrêt *Spileers* (*supra* n° 75) frappe la clause de résidence familiale « d'un arrêt de mort ».

³ Pour un exemple, Angers 21-5-1935 (DH 35, 388 ; S. 36, 2, 113) jugeant que la clause des statuts d'une association suivant laquelle aucun recours ne peut être exercé devant les tribunaux contre les décisions de l'assemblée générale, « transformée ainsi en juridiction sans appel », est contraire à l'ordre public. Plus récemment, v. Versailles 1-12-1988 (D. 89, SC p 155 obs. M. Vasseur) : une renonciation générale à toute action en justice serait contraire à l'ordre public. Egalement Paris, 14-4-1995 (Juris-Data n° 021571) : la renonciation à toute action en nullité d'un contrat pour vice du consentement ou défaut de cause est contraire à l'ordre public.

⁴ Sur ses multiples bases, cf. J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 24° éd. 1996, n° 52. Sur les clauses dénoncées : Ph. Grignon, L'obligation de ne pas agir en justice, in *Mélanges Ch. Mouly*, livre II, Litec, 1998, p 115.

⁵ CC 21-1-1994, D. 95 SC p 302 obs. P. Gaïa, RFDA 94 p 364 obs. F. Mélin-Soucramanien, *ibid.* 95 p 7 obs. P. Hocreître, Rev. adm. 94 p 75 obs. J. Morand-Deviller ; 21-12-1999, D. 2000 SC p 426 obs. D. Ribes.

⁶ En Belgique, cette clause a été jugée « contraire au droit de chacun de se défendre en justice, droit qui est d'ordre public » : Cass. (1^{re} ch.) 29-9-1967, JT 67 p 606. Selon l'article XVII de la *Déclaration des droits* du Maryland (1776), tout homme doit obtenir droit et justice, « librement et sans être obligé de les acheter » (cf. S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p 505). La clause ne semble pas de toute manière être fondée sur un objectif respectable (elle devrait donc avoir échoué lors de la première étape du contrôle).

Cours que ce soient, pour quelque cause que ce soit ». La chambre des Requêtes a très justement condamné une telle clause en 1863¹. Elle ne s'est certes pas fondée sur une atteinte substantielle portée au droit d'agir en justice, mais c'était là incontestablement l'esprit qui animait la décision. La formation dénonce cette clause « insolite » qui ne se borne pas à restreindre les obligations imposées par la loi au bailleur mais l'affranchit au contraire de toute responsabilité. En outre, la chambre des Requêtes, dans une approche qui annonce, si l'on peut dire, l'arrêt *Chronopost*², relève « qu'il est de **l'essence** du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée, et à l'entretenir (...) », ce qui implique pour le locataire « le droit d'actionner en justice le bailleur » si ce dernier refuse de s'exécuter volontairement³. Ainsi, organiser l'éviction draconienne d'une obligation essentielle revient ici à heurter de manière substantielle le droit fondamental considéré.

283- La condamnation de principe de ce genre de clauses absolues doit s'appliquer aux stipulations qui peuvent avoir cours dans le milieu médical. Il arrive en effet qu'un chirurgien exerçant à titre libéral fasse signer à son patient, avant toute opération, une renonciation à le poursuivre en justice en cas de dommage. Outre à prohiber l'exercice du droit au recours, la pratique revient de manière bien peu discrète à contourner à la base la suspicion entourant les clauses de non-responsabilité pour les dommages causés à la personne⁴, et qui ne manquerait pas d'être exploitée par le patient lors d'un éventuel procès.

284- Le législateur contemporain a pris conscience du risque attaché au développement des clauses "antirecours", notamment lorsqu'elles sont imposées à de modestes consommateurs. La liste indicative de clauses pouvant être regardées comme abusives qui figure dans l'annexe mentionnée à l'article L. 132-1, alinéa 3, du Code de la Consommation envisage ainsi celles ayant pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur (...) »⁵. Cette disposition doit d'ailleurs pouvoir s'appliquer aux stipulations contractuelles grâce auxquelles un vendeur

¹ Req. 19-1-1863, S. 63, 1, 185. Il ne faudrait pas croire que ce type de clause appartient uniquement à l'histoire ; pour un exemple beaucoup plus récent, v. Paris 21-11-1996, Loyers et copropriété 1/97, n° 10, obs. B. Vial-Pedroletti.

² Com. 22-10-1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 97 p 121 n. A. Sériaux ; *ibid.* SC p 175, obs. Ph. Delebecque ; JCP 97, I, 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; Rép. Def. 97 p 333 obs. D. Mazeaud ; Cont. Conc. Conso. 2/97 n° 24 obs. L. Leveneur.

³ A rapprocher de Dijon, 2-9-1986, JCP 87, II, 20865 n. E.-M. Bey, à propos du crédit-bail : « le caractère essentiel de l'obligation du bailleur de délivrer la chose louée empêche qu'il y soit conventionnellement dérogé par la stipulation d'une clause de non-recours ».

⁴ Cf. *supra* n° 212.

⁵ Annexe 1. q.

prétendrait restreindre à outrance le délai à l'issue duquel l'acheteur ne pourrait plus invoquer les défauts de fabrication des marchandises vendues. De telles dispositions, assez répandues dans les conditions générales de vente, ne sauraient licitement aboutir en pratique à paralyser le jeu de la garantie des vices cachés, car cela reviendrait à la fois à violer le respect dû aux biens (article 1^{er} du Protocole additionnel à la CEDH), et à infliger « une restriction inadmissible au droit d'agir »¹.

Il faut remarquer que dans la dernière hypothèse décrite, les stipulations litigieuses n'annihilaient pas *ouvertement* la substance même du droit au recours. Formellement, l'offense faite à la prééminence du droit fondamental n'était pas radicale. Cela montre déjà qu'il existe des cas où l'édiction d'une simple limitation est susceptible d'infliger concrètement, *subjectivement*, une atteinte substantielle aux droits fondamentaux².

§ II : L'approche subjective.

285- La certitude sur le caractère essentiel de l'incursion organisée entre particuliers dans le corpus des libertés ne prend parfois qu'un tour circonstancié. C'est seulement dans tel ou tel cas d'espèce précis que l'acte affectera de manière substantielle un droit fondamental d'une des parties. A la limite, la licéité d'une même clause figurant dans deux contrats absolument identiques pourra ainsi être opposée à un individu A, sans pouvoir l'être à un individu B, car tout dépendra de leur situation particulière respective³. Comme l'écrivait Pic dès 1930 à propos des clauses restreignant la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, il convient « de rechercher *dans chaque espèce* si la convention litigieuse respecte ou non en la personne du salarié le minimum de liberté qui lui est indispensable pour lui permettre de

¹ On détourne ici la formule employée dans l'arrêt *Le Collinet* (Civ. 1^o, 21-3-2000, D. 2000 p 593 n. Ch. Atias, RTDC 2000 p 592 obs. P.-Y. Gautier) qui, ne voyant pas une telle restriction dans la notion de bref délai énoncée à l'article 1648 du Code civil, a repoussé les arguments d'un acheteur forclos dans son action en garantie des vices cachés. La position de la Cour de cassation n'exclut pas selon nous qu'elle se montre un jour plus sévère à l'égard de stipulations contractuelles *annihilant* le droit à un tribunal consacré par l'article 6, § 1, de la CEDH.

² Interprétant l'article L. 316-2 du Code des communes, qui déclare illicites les décisions par lesquelles les communes renoncent à exercer toute action en responsabilité à l'égard des personnes qu'elles rémunèrent, le juge administratif a de manière significative étendu cette illégalité aux clauses qui, tout en prévoyant seulement un aménagement ou une limitation de responsabilité du cocontractant, ont en réalité été conçues pour produire un effet voisin de celui d'une clause de renonciation : CE, S, 28-1-1998, Société Borg Warner, AJDA 98 p 287 (nous analysons cette décision sous l'angle du droit au recours, alors que le Conseil d'Etat prend ici en compte la liberté contractuelle des personnes publiques).

³ V. ainsi Soc. 18-2-1997 et 28-10-1997, D. 98, SC p 220 obs. Y. Serra, où deux clauses de non-concurrence comparables sont l'une déclarée licite, et l'autre annulée.

vivre de son travail »¹. C'est très exactement dans ce minimum intangible que réside selon nous la substance de la liberté du travail : l'individu ne saurait être privé de la possibilité d'exercer la seule activité qui lui permet d'assurer sa propre subsistance et de vivre dans des conditions dignes. Or un tel cas de figure peut concrètement résulter d'une atteinte ne prévoyant pourtant qu'une simple *limitation* dans l'exercice de la liberté du travail ; formellement l'atteinte n'est pas radicale mais elle s'avère néanmoins substantielle.

Les tribunaux n'étaient pas dupes dans une affaire où une personne n'ayant pas d'autres moyens d'existence que l'exercice de sa profession était mise « dans une véritable impossibilité de vivre ». La Chambre des Requêtes approuve ainsi en 1911 la décision de la Cour d'appel d'Indochine ayant retenu que « dans cet état des faits, cette clause, quoique limitée dans ses effets à la colonie et à une durée de quatre ans, était non seulement contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, mais encore attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre »².

286- La matière des clauses de non-concurrence est assurément la plus topique pour illustrer le contrôle des atteintes subjectivement substantielles. La jurisprudence y est abondante³. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 1952 enseigne ainsi qu'une clause peut être déclarée illicite si, bien que limitée dans le temps, l'espace et les branches d'activités, elle place l'employé dans l'impossibilité de se procurer tout travail sur le territoire du Cameroun⁴. Comme l'a énoncé la Cour d'appel de Paris en 1994, une clause de non-concurrence ne peut en aucun cas avoir pour effet de réduire un salarié au chômage, *a fortiori* un salarié évincé⁵. Il ne s'agit pas de dire que le fait d'être sans emploi constitue une situation illégale (le prétendu droit au travail n'est pas juridiquement un droit fondamental⁶),

¹ P. Pic, n. sous Civ. 26-3-1928, D. 30, 1, 145. Cf. beaucoup plus récemment S. Darmaïn, Le contrat moral, LGDJ, 2000, n° 642, qui indique qu'une clause d'exclusivité ne doit pas empêcher le salarié de percevoir une rémunération lui permettant de vivre décemment, ce qui permettra de l'imposer à un cadre effectuant 32 heures par semaine, mais non à celui qui travaillerait 10 heures par semaine. L'arrêt *Pimouguet* (Soc. 11-7-2000, cf. *supra* n° 230) interdit quasiment en pratique l'insertion d'une telle clause dans un contrat à temps partiel.

² Req. 17-5-1911, S. 13, 1, 253.

³ Pour un récapitulatif, cf. par exemple Y. Serra, Rép. com. Dalloz, V° Concurrence, obligation de non-concurrence, 1996, spéc. n° 94s. Les juridictions semblent avoir tellement bien intégré la nécessité de vérifier que la clause ne brise pas l'essence même de la liberté du travail, qu'elles en oublient parfois de faire respecter les autres conditions gouvernant la licéité de ce type d'atteintes aux droits fondamentaux ; pour deux exemples significatifs, v. Soc. 7-4-1998 (Dr. social 98 p 546) et Civ. 1°, 11-5-1999 (D. 99, SC p 385, obs. J. Penneau).

⁴ Soc. 18-10-1052, Bull. civ. IV n° 736, RTDC 53 p 124 obs. J. Carbonnier, RTDCom 53 p 83 obs. A. Jauffret.

⁵ Paris 25-10-1994, D. 95 SC p 207 obs. Y. Serra.

⁶ Quoiqu'en dise le Conseil constitutionnel : cf. *supra* n° 44 et 85.

mais que l'interdiction conventionnelle de vivre de son activité heurte la substance même de la liberté du travail ¹.

287- Pour satisfaire au critère envisagé, le créancier de l'obligation de non-concurrence devra apprécier l'effet potentiel de la stipulation sur la situation professionnelle particulière du débiteur de l'obligation². Le juge se trouve en principe dans une situation plus confortable ; il doit évaluer, le plus souvent après coup³, quel a été concrètement le retentissement de la clause pour le salarié. Celui-ci a-t-il été « empêché de reprendre une nouvelle activité dans sa spécialité »⁴ ? Cette dichotomie peut sembler anormale, et sévère pour l'employeur. On peut même lui reprocher de rompre avec les principes traditionnels gouvernant la validité des conventions. Peut-être la critique s'avère-t-elle cependant mal dirigée dès lors que l'on ne prétend pas raisonner formellement en termes de validité d'une clause, mais en termes de licéité d'une atteinte aux droits fondamentaux.

288- A l'opposé des clauses de non-concurrence, il arrive, même si la pratique semble un peu désuète, qu'une convention organise l'engagement d'une personne à travailler *ad vitam eternam* pour le compte d'autrui. Le législateur a entendu prohiber ce contrat perpétuel (article 1780, alinéa 1, du Code civil et article L. 121-4 du Code du travail). Le fondement du principe réside dans la protection de la liberté individuelle des contractants, lesquels ne sauraient aliéner celle-ci définitivement ⁵. Comme le suggère M. Atias, « la volonté privée ne peut prétendre saisir l'éternité lorsque la liberté individuelle est en cause »⁶. Il est vrai qu'un contrat de travail perpétuel « tend par essence (...) à anéantir la liberté humaine »⁷. Asservie

¹ Qui elle est un principe constitutionnel irriguant les relations horizontales (*cf. supra* n° 85).

² Cet effet est parfois assez facile à deviner. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 1952 précité, l'engagement consistait à n'entrer dans aucune maison à l'exception des établissements ayant pour objet exclusif la banque, l'agriculture, les transports et l'industrie. Or il était impossible, dans les faits, de rencontrer à cette époque un établissement ayant exclusivement un tel objet (*cf. obs. J. Carbonnier sous arrêt, précitées*).

³ V. néanmoins Soc. 28-10-1997, Bull. civ. V, n° 342, D. 98, SC p 220 obs. Y. Serra, Dr. social 98 p 78 obs. G. Couturier, où la Cour d'appel a pu relever que l'application d'une clause de non-concurrence *aurait pour résultat* de faire perdre à deux salariés le bénéfice de 15 ans d'expérience professionnelle ou de les obliger à s'expatrier hors d'Europe pour retrouver un emploi conforme à leur formation.

⁴ Selon la formule de l'arrêt Soc. 18-1-1984, D. 84 IR p 443.

⁵ F. Rizzo, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. et Patrimoine 1/2000 p 60. On a en outre parlé de véritable constitutionnalisation de ce principe dès lors que « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement » (CC 9-11-1999, JCP 99, III, 20173) : N. Molfessis, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel, JCP 2000, I, 210, spéc. n° 4.

⁶ Ch. Atias, Les personnes, les incapacités, Puf, 1985, n° 18. La dignité de la personne humaine est également invoquée : J. Ghestin, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ?, *in* Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée, 1999, p 251s, spéc. p 262.

⁷ E. Garaud, La violation d'un droit fondamental, Lamy Droit du contrat, 1999, n° 245-83.

durant toute sa vie, la personne aliène la substance même de son état d'être libre, consacré notamment par l'article 2 de la DDH.

Lorsqu'une personne s'engage à servir un autre individu jusqu'à la mort de ce dernier, l'obligation souscrite n'est pas formellement perpétuelle : il est bien prévu qu'elle s'éteigne, à la mort du "maître". Il se peut néanmoins que compte tenu de l'âge de l'obligé, son engagement prenne un caractère perpétuel¹. Ce sera le cas si son âge est déjà très avancé, tandis que le maître s'avère relativement jeune² : le servant se trouve bien tenu à vie. Il convient donc de raisonner dans chaque cas d'espèce en termes de probabilité de survie de chacune des parties, afin de vérifier si l'obligation souscrite ne heurte pas radicalement la liberté individuelle. L'approche est incontestablement subjective³.

Il faut signaler que dans certaines situations, c'est l'employeur qui se trouve prisonnier de la relation contractuelle. On pense aux cas où l'indemnité légale de licenciement a été majorée par les parties. Si du fait de son importance, elle rend impossible la rupture par l'employeur, la clause allouant un complément d'indemnité fait échec à la liberté d'ordre public de mettre fin à la relation contractuelle⁴, à la faculté de résiliation unilatérale qui est « de l'essence même » du contrat de travail à durée indéterminée⁵. C'est la liberté personnelle de l'employeur⁶ qui se trouve ici niée.

289- Assez proche de l'état de servitude précédemment évoqué, il convient sans doute de mentionner les dérives auxquelles certaines conventions de mécénat⁷ ont pu donner lieu. La jurisprudence en la matière enseigne que le juge doit vérifier dans chaque espèce si les conditions de travail imposées à l'artiste n'annihilent pas sa liberté créatrice en même temps que sa condition d'être libre. On ne peut que condamner l'engagement d'un peintre qui doit livrer à un marchand au minimum vingt toiles par mois pendant dix ans car ce rythme abusif

¹ I. Pétel-Teyssié, *Juris-Classeur civil*, art. 1780, Louage d'ouvrage et d'industrie, prohibition de l'engagement perpétuel, 1991, n° 44.

² *Cf. a contrario* Toulouse 28-12-1892, S. 93, 2, 209.

³ F. Rizzo, art. précité, spéc. p 62. *Cf.* également J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 27 : « quoi de plus subjectif que cette appréciation de la validité en fonction de l'âge respectif du maître et du domestique ? ». L'auteur y voyait un danger d'insécurité.

⁴ Solution retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Palais de la Méditerranée c/ Guérin* (Soc. 18-12-1979, Dr. social 80 p 370). L'analyse serait similaire à l'égard d'une clause imposant au salarié démissionnaire de reverser une prime de fidélisation déjà perçue : le montant ne doit pas être important au point d'empêcher la démission (*cf.* J. Mouly, n. sous Soc. 18-4-2000, D. 2001 p 263).

⁵ H. Blaise, *La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement*, Dr. social 1980 p 365.

⁶ Cette liberté a été évoquée par le Conseil constitutionnel : CC 20-7-1988, Loi d'amnistie, AJDA 88 p 752 n. P. Wachsmann.

⁷ V. déjà *supra* n° 16, 130 et 228.

de production confine à l'exploitation et à l'épuisement de l'artiste ¹, et plus globalement de l'être humain. Dans un domaine voisin, doit être considérée illicite la clause conférant à une société d'éditions discographiques le droit d'exiger d'un auteur autant d'œuvres qu'elle le désire, ce qui tiendrait l'homme pour « une machine devant fonctionner au rythme maximum d'une production hâtive »².

290- Incontestablement beaucoup moins grave pour la personne, un dernier exemple d'atteinte substantielle à un droit fondamental concernera les clauses d'inaliénabilité. Le droit de propriété constitue « un droit fondamental de l'individu que tout juge est amené à préserver dans un système démocratique »³. Le juge judiciaire l'a bien compris et protège ce « droit fondamental, de valeur constitutionnelle »⁴. Au sein du droit de propriété, les auteurs privatistes enseignent depuis longtemps que l'*abusus* occupe une place de choix : c'est là une prérogative essentielle ⁵. La liberté d'aliéner constitue l'expression suprême de la maîtrise des biens ⁶. Le Conseil Constitutionnel retient quant à lui que le droit de disposer librement de ses biens est un « attribut essentiel du droit de propriété »⁷. Il ne saurait y être apporté de limitation d'une extrême gravité ⁸, qui jouerait comme une paralysie totale du droit, caractéristique de l'atteinte substantielle.

291- L'article 900-1 du code civil est en accord avec ces principes lorsqu'il subordonne la validité des clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué à leur caractère temporaire. Il est ainsi défendu de stipuler que l'interdiction de disposer se prolongera durant

¹ Paris 15-11-1966, RTDC 67 p 189 et les obs. de G. Cornu.

² Paris 22-3-1968, J. Brel c/ Soc. Philips, RIDA 69, LXII, p 121.

³ H. Pauliat, Le droit de propriété devant le CC et la Cour EDH, RDP 1995 p 1445s, spéc. p 1494. Pour un plaidoyer en faveur du caractère fondamental du droit de propriété, v. J.-L. Mestre, Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, D. 1984, chron. p 1.

⁴ Civ. 1^o, 4-1-1995, D. 95 SC p 328 obs. M. Grimaldi, RTDC 96 p 932 obs. F. Zénati.

⁵ V. ainsi G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II, Obligations et droits réels, LGDJ, 1957, n^o 2426.

⁶ J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, Les biens, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2000, n^o 83. « La condition normale de la propriété est d'être aliénable » : H. Corvest, L'inaliénabilité conventionnelle, Rép. Def. 1979 p 1377s, spéc. p 1391.

⁷ CC 9-4-1996, Statut de la Polynésie française, LPA 4-9-96 p 6 obs. B. Mathieu et M. Verpeaux ; 29-7-1998, Lutte contre les exclusions, RDP 99 p 89 chron. D. Rousseau, RTDC 98 p 799 obs. N. Molfessis. Pour des décisions annonciatrices : CC 27-11-1959, Rec. p 71 ; 28-11-1973, Rec. p 45. Le principe de libre disposition de ses biens englobe à la fois la liberté du propriétaire dans l'*usus* et dans l'*abusus*. Sur le sujet : D. Berra, Le principe de la libre disposition des biens, Th. Nancy, 1969.

⁸ CC 26-7-1984, Rec. p 58, D. 85 IR p 360 obs. L. Hamon ; 4-7-1989, D. 90 p 209 n. F. Luchaire, RTDC 90 p 519 obs. F. Zénati.

toute la vie du donataire ¹. Il convient pourtant de proscrire également les clauses qui, si elles ne sont pas *formellement* perpétuelles, bafouent néanmoins substantiellement le droit de propriété. C'est l'enseignement qui découle par exemple d'une décision du Tribunal de grande instance de Rochefort-sur-Mer de 1993. La clause d'un testament prévoyait qu'une inaliénabilité de 30 ans frapperait le bien transmis à sa légataire, âgée de...52 ans. Cette interdiction, certes temporaire, devait « probablement » et « pratiquement » priver la bénéficiaire de toute faculté de disposer du bien durant sa vie ². Les juges ont estimé par une analyse *in concreto* que la vocation de la personne à recouvrer la possibilité d'aliéner ³ était trop mince pour que la restriction apportée au droit fondamental soit dite non substantielle.

Section 2° : Critères de l'atteinte non substantielle.

292- Une atteinte ne heurte pas de manière substantielle le bloc de fundamentalité si elle n'exerce qu'une pression relativement minime à l'encontre de ce dernier. Un tel jugement suppose cependant au préalable que l'on soit bien en présence d'un acte constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux. Il convient en effet de bien distinguer la stipulation qui sortira gagnante de l'ultime test de validité en raison de son caractère modestement attentatoire aux libertés, de l'acte juridique qui n'appelait de toute façon aucune forme de contrôle sous l'angle du respect de ces dernières. L'atteinte dite non substantielle suppose ainsi une lésion des droits fondamentaux (§ I), lésion qui s'avère en outre ne présenter qu'un caractère mineur (§ II).

§ I : Une lésion constitutive d'une atteinte aux droits fondamentaux.

293- En principe, le caractère non substantiel d'une atteinte a seulement pour conséquence de valider *in fine* un acte juridique litigieux, sans aucunement remettre en question de manière rétroactive sa qualification d'atteinte aux droits fondamentaux et donc sa soumission au contrôle proposé. L'acte a triomphé du test lors de l'ultime vérification, voilà tout. Il existe néanmoins certaines hypothèses dans lesquelles la frontière paraît bien mince

¹ A. Ponsard, n. sous Civ. 1°, 8-1-1975, Rép. Def. 75 p 524. Une telle stipulation violerait objectivement une des composantes inhérentes au droit de propriété.

² TGI Rochefort-sur-Mer 20-10-1993, JCP 93, IV, 1694 ; Juris-Data n° 049626. La clause était en outre viciée à la base du fait de l'absence de toute indication sur les raisons ayant motivé l'inaliénabilité. Les motifs de la décision sur le caractère substantiel de l'atteinte sont donc à cet égard superflus, mais s'avèrent intéressants si on les envisage de manière autonome.

³ Sur laquelle v. B. Thullier, L'autorisation, étude de droit privé, LGDJ, 1996, n° 229.

entre l'attitude consistant à juger l'atteinte bénigne lors de la troisième phase du contrôle et celle consistant à mettre en doute *ab initio* la qualification d'atteinte à un droit fondamental. On souhaite en donner quelques exemples. Dans le premier, l'appellation d'atteinte semble presque trop forte ; dans les suivants, raisonner en termes de droits fondamentaux peut prêter à discussion.

294- Certaines interventions sur le corps humain apparaissent relativement légères, que l'on songe à une modeste coupe de cheveux, à la réalisation d'un tatouage ou d'un piercing. L'atteinte à l'intégrité physique est si modeste que l'on peut se demander s'il convient bien de parler d'atteinte. Le rejet de la qualification aurait en tout cas le mérite d'expliquer pourquoi le contrôle de l'intérêt légitime poursuivi s'avère parfois inexistant¹, l'innocuité de l'opération autorisant tous les caprices en la matière².

295- Le deuxième exemple concerne les clauses dites de dédit-formation. Par cette technique, un employeur accepte de payer les frais des cours de formation professionnelle suivi par le salarié, tandis que ce dernier s'engage à demeurer à son service pour une durée donnée, ou bien à rembourser à l'employeur les frais de la formation³. L'analyse dominante y voit une atteinte à la liberté du travail, puisque le salarié doit payer s'il souhaite rompre son contrat de travail⁴. Lorsqu'une telle stipulation n'est pas formellement interdite par le législateur (l'article L. 981-10, alinéa 4, du Code du travail prohibe la clause dans les contrats d'insertion en alternance), elle peut trouver sa justification dans le souci légitime de l'employeur de rentabiliser l'investissement qu'il a réalisé en faisant suivre une formation spécifique au salarié⁵. La clause sera proportionnée¹ si le montant et la durée prévus ne sont

¹ P. Ancel, L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité, Th. Dijon, 1978, n° 118.

² E. Garaud, La violation d'un droit fondamental, Lamy Droit du contrat, 1999, n° 245-41.

³ Sur le sujet : J.-P. Chauchard, Les clauses de dédit-formation ou le régime de liberté surveillée appliqué aux salariés, Dr. social 1990 p 24 ; M.-O. Huchet, La clause de dédit-formation, Rev. juridique Ouest 2000, n° 4, p 373. En réalité, le terme de dédit semble assez mal choisi, dès lors que la jurisprudence considère plutôt la stipulation comme une clause pénale, à ce titre réductible en cas d'excès manifeste : *cf.* Soc. 23-1-1985, Bull. civ. V, n° 58.

⁴ F. Gaudu, Le contrat de travail, Dalloz, 1996, p 88. Si l'atteinte semble d'autant plus grande lorsque les capacités financières du salarié sont modestes, il est cependant assez contestable de faire dépendre ainsi la qualification d'atteinte aux droits fondamentaux de la solvabilité de l'individu (*cf.* toutefois, dans un tout autre domaine, Cour EDH 14-11-2000, Annoni di Gussola et autres c/ France, qui conclut à la violation de l'art. 6 de la Convention, dès lors qu'un pourvoi en cassation n'est pas examiné en raison du défaut d'exécution d'un arrêt d'appel, cette dernière carence résultant de la disproportion manifeste entre les sommes dues *et la situation financière des intéressés*).

⁵ En ce sens, J. Amiel-Donat et Y. Serra, n. sous Paris 3-5-1984, D. 85 p 156.

pas manifestement excessifs, et en rapport l'un avec l'autre (on n'imagine pas une clause d'une durée de cinq ans par exemple, pour "rembourser" une somme dérisoire). En ce qui concerne le troisième temps de l'analyse, celui qui nous intéresse ici, il peut difficilement permettre de conclure à une lésion substantielle de la liberté du travail : étant par hypothèse "ligoté" à l'employeur, le salarié n'est à l'évidence pas empêché d'exercer son activité et de vivre de son métier. Quant à la possibilité pour lui de profiter de ses nouvelles compétences sous d'autres horizons, ou de créer sa propre entreprise, elle n'est que temporairement brimée, pendant la durée de la clause.

Il est néanmoins envisageable, même si ce n'est guère favorable au salarié, de remettre en question les prémisses de cette analyse et donc la soumission de la clause au contrôle du respect des droits fondamentaux. Plutôt que d'y voir une atteinte aux libertés, on peut tout simplement considérer que le dédit constitue un prix. Dès l'instant où le salarié tire profit d'une formation « entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective »², il est assez normal qu'il en supporte la charge en payant la contrepartie. S'il paraît certes un peu contestable de faire de la formation professionnelle une marchandise, nul n'a en tous cas jamais prétendu que régler le prix de l'avantage dont on a bénéficié constituait une atteinte à un droit fondamental.

De manière similaire, quand des indemnités contractuelles de licenciement particulièrement élevées³ sont dénoncées par l'employeur au moment du paiement, il se peut très bien que l'atteinte prétendument infligée à sa liberté d'entreprendre (à savoir ici choisir ses employés et pouvoir s'en séparer) passe au second plan, si l'importance des sommes fixées tient en réalité à l'apport par le salarié de locaux, de matériel ou d'un label⁴ ; le versement de l'indemnité s'apparente alors simplement au paiement du prix de ces apports.

296- Le dernier exemple qui peut être donné ici met en jeu le droit à la protection du nom. Son respect s'impose dès lors que c'est notre nom qui nous donne un sentiment d'identité et de dignité⁵. Pour M. Luchaire, la prérogative envisagée trouve une assise

¹ *Contra* : I. Daugareilh (Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités, Dr. social 1996 p 128s, spéc. p 138), pour qui les clauses de dédit-formation ne paraissent pas indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

² Soc. 17-7-1991, Bull. civ. V, n° 373.

³ Sur cette pratique, cf. *supra* n° 288 ; J. Pélissier (dir.), Droit de l'emploi, Dalloz, 1999, n° 3020s.

⁴ Sur cette hypothèse : Soc. 11-1-1967, Bull. IV n° 32, à propos d'un négociant en volailles embauché en qualité de directeur commercial par une coopérative, laquelle invoque en vain « l'énormité des sommes réclamées (...) qui s'élèvent à près de 15 millions d'anciens francs ».

⁵ F.G. Jacobs, concl. sur CJCE 30-3-1993, Konstantinidis, Rec. p 1191, RTDH 94 p 445, point 40. « Le nom fait corps avec l'individu » : Ph. Jestaz, A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic, RTDC 1989 p 269.

constitutionnelle dans la loi du 11 germinal an XI ¹. Pour ce qui est des instruments internationaux, l'article 8 de la CEDH a également vocation à protéger le patronyme car, « en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »². Un relais législatif peut mentionner expressément le « droit au respect de son nom » dans un contexte déterminé³. En dépit du rang de sa protection, le nom peut faire l'objet de contrats ⁴. Il s'agira par exemple d'en permettre l'usage à titre industriel ou commercial ⁵. Comme l'indiquait le Doyen Nerson, « lorsque le nom constitue un procédé de réclame, un moyen d'achalandage et, partant, une source de bénéfices pécuniaires, on le qualifie de nom commercial »⁶. Il ne s'agit plus dans cette hypothèse d'un moyen d'identification de la personne, mais d'un véritable élément du fonds de commerce ⁷.

Une analyse en termes de droits fondamentaux conduit à retenir que la disposition de son patronyme ne heurte pas de manière substantielle le respect dû au nom, du moins tant que n'est pas investie ou bafouée sa fonction d'identification de la personne. La solution rendue dès 1888 par la Cour de Paris dans l'affaire *Sarah Bernhardt* autorise à l'évidence une telle interprétation : « si en principe un nom patronymique est *dans son essence* incessible, ce n'est qu'en tant qu'il est pris comme désignation individuelle au point de vue de l'état des personnes, mais il peut être cédé, en dehors de toutes questions d'état, au point de vue de l'usage industriel ou commercial qui peut en être fait »⁸. On peut s'étonner dès lors qu'un

¹ F. Luchaire, Les fondements constitutionnels du droit civil, RTDC 1982 p 246s, spéc. p 255. Il s'agirait donc d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (le fait que la loi en question ait été abrogée par la loi du 8 janvier 1993 n'en exclut pas en théorie la possibilité, même si elle la fragilise quelque peu désormais).

² Cour EDH, 22-2-1994, *Burghartz c/ Suisse*, D. 95 p 5 n. J.-P. Marguénaud, JDI 95 p 746 n. E. Decaux, RTDH 95 p 53 obs. P. Georgin. Cf. déjà F.G. Jacobs, concl. précitées, point 41 : l'art. 8 de la CEDH protège le droit de l'individu de s'opposer à une ingérence injustifiée dans son nom. Pour un rattachement plus ancien du droit au nom au droit au respect de la vie privée (non fondé sur la CEDH) : Paris 15-5-1970, *Epoux Tenenbaum*, dits *Ferrat*, D. 70 p 466 concl. Cabannes, n. P.A. et H. M. ; RTDC 71 p 114 obs. R. Nerson.

³ S'agissant de la protection du nom d'auteur, v. l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle. Pour une application (à l'époque, de l'article 6, § 1, de la loi du 11-3-1957) à l'égard d'un peintre : Paris 15-11-1966, RTDCom 67 p 152 obs. H. Desbois.

⁴ G. Loiseau, *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ, 1997.

⁵ V. ainsi l'affaire *Négresco* : Civ. 1^o, 6-7-1965, D. 65 p 701 n. R. Lindon.

⁶ R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, Th. Lyon, 1939, p 30. Sur le sujet : F. Pollaud-Dulian, *L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial*, JCP 1992, I, 3618.

⁷ Ph. Malaurie, *Droit civil, les personnes, les incapacités*, Cujas, 5^e éd. 2000, n^o 168 ; P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTDC 1971 p 445s, spéc. n^o 37 ; Y. Reboul, *Nom patronymique, nom commercial et marque*, Cah. dr. entreprise 1989, n^o 4, p 28.

⁸ Paris 18-4-1888, *Gaz. des Tribunaux* 21-4-1888 et 31-5-1888. Sur l'arrêt, v. G. Loiseau, *op. cit.*, n^o 248.

siècle plus tard, dans l'affaire *Bordas*, la Cour d'appel de Paris ait retenu une conception sacrale du patronyme, jugé inaliénable. Si le titulaire d'un nom ne peut certes en disposer librement tant qu'il s'agit d'identifier des personnes physiques, rien ne s'oppose à ce qu'il en autorise l'utilisation comme dénomination sociale ¹ car, ce faisant, il ne manipule évidemment pas les règles de l'état civil, pas plus qu'il ne se dépouille personnellement de son patronyme. Bref, il ne consent pas à une atteinte substantielle au respect de son nom.

297- En raisonnant de manière différente, ne peut-on pas considérer que s'agissant de ce type d'actes, aucune intervention de la fondamentalité, et encore moins de la fondamentalité substantielle, n'est en réalité indispensable ² ? Il s'agit ici d'adopter une autre conception du droit au nom, en l'occurrence sans doute plus respectueuse de l'analyse qui le tenait pour un droit de la personnalité ³. Dans cette acception, le statut du nom devrait davantage être considéré comme l'instrument d'une protection de la personne plutôt que d'un élément de son fonds de commerce ⁴. La dimension liée à l'identification de l'individu ne constituerait plus uniquement le cœur inaliénable du droit au nom comme dans l'analyse précédente ; la protection de cette dimension serait au contraire l'objet du droit lui-même. Dans cette perspective, lorsque l'objet d'un acte juridique s'en tient au nom commercial, aucune atteinte au droit fondamental au respect du patronyme n'est alors à dénoncer ⁵. Un contrôle de l'acte selon la méthode proposée n'a donc pas vraiment de raison d'être, ce qui explique d'ailleurs pourquoi un accord sur l'utilisation d'un nom à titre commercial est rarement soumis tel quel au filtre de l'intérêt légitime et réel ⁶.

¹ G. Le Tallec, n. sous Com. 12-3-1985, *Bordas*, GP 85, 1, 246. Pour d'autres références sur cette décision cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris : D. 85 p 471 n. J. Ghestin ; JCP 85, II, 20400 concl. M. Montanier et n. G. Bonet ; RTDCom 86 p 245 obs. A. Chavanne et J. Azéma ; Rev. des sociétés 85 p 607, n. G. Parléani.

² L'attitude consiste à rester froid par rapport à « l'expansionnisme de la théorie des droits de l'homme et même des "droits fondamentaux" [qui] s'est manifesté au sujet du nom » : F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, éd. Dalloz, 6^e éd. 1996, n° 175.

³ Notamment P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p 367.

⁴ On pourrait certes objecter que dans son arrêt *Konstantinidis*, la Cour de Luxembourg (CJCE 30-3-1993, RTDH 94 p 445 concl. F.G. Jacobs et obs. J.-F. Flauss) a bel et bien protégé le droit au nom dans sa dimension professionnelle (risque de confusion auprès de la clientèle d'un masseur), mais c'est surtout les conclusions de l'avocat général qui se sont placées sur le terrain du droit au nom, la Cour préférant quant à elle stigmatiser une atteinte à la liberté d'établissement.

⁵ Comme l'écrit Cl. Lombois, « de quelque manière qu'il ait dérivé du patronyme, le nom commercial n'en est plus un » (Introduction au droit civil, droit des personnes et des biens, éd. Litec, 1997, n° 392).

⁶ V. néanmoins pour une telle préoccupation : J. Ghestin, n. précitée sous Com. 12-3-1985, qui souligne que la survie même de la maison d'édition *Bordas* était mise en péril par le spectre de ne plus pouvoir incorporer le nom *Bordas* dans sa dénomination sociale, ce que l'on peut considérer ici comme la justification de l'utilisation du nom patronymique ; cf. également A. Viandier, soulignant que l'existence même de l'entreprise peut être en jeu (Les conflits entre cédant et cessionnaire relatifs au nom, RJCom 1995 p 1).

298- Dans les cas où, au contraire des hypothèses précédentes, la qualification d'atteinte aux droits fondamentaux ne peut guère prêter à discussion, l'ultime contrôle imposé à un acte ayant déjà fait la preuve de sa justification et de son caractère proportionné consistera à vérifier si la substance même d'une liberté a été ou non heurtée. L'acte sera défendable sur ce point s'il n'a provoqué qu'une lésion mineure.

§ II : Une lésion mineure.

299- En 1935, un auteur estimait qu'on ne saurait « autoriser le plus léger dommage à sa personne, la plus légère atteinte à ses droits personnels, car ce serait abandonner tout ou partie de ces droits inviolables »¹. Une telle vision est beaucoup trop restrictive. Il convient de tolérer qu'un acte juridique puisse investir de manière légère le bloc de fundamentalité. Certains cas se révèlent assez simples, les atteintes considérées étant manifestement modestes (**A-**). Dans d'autres hypothèses, le diagnostic quant au caractère bénin de la lésion s'avère plus incertain (**B-**).

A- Des types d'atteintes manifestement modestes.

300- Divers exemples difficilement contestables attestent de la possibilité de valider une atteinte mineure apportée à un droit fondamental. Dans une espèce jugée en 1998, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi approuvé une Cour d'appel d'avoir reconnu licite la clause d'un règlement de copropriété qui interdisait l'aliénation séparée des caves et chambres de services, ainsi que leur vente à des personnes non propriétaires d'un appartement dans l'immeuble. La décision ne dit mot sur le caractère non substantiel de la restriction ainsi apportée à l'*abusus* des copropriétaires, et se fonde seulement sur la nature de l'immeuble à « vocation essentiellement bourgeoise, assurant à un petit nombre de personnes un mode de vie caractérisé par un nombre réduit d'appartements spacieux »² (ce qui ne constitue pourtant que la justification de l'atteinte). Une brève explication aurait suffi. La limitation à l'exercice entier du droit de propriété semble plutôt modeste : elle ne frappe que des éléments annexes de chaque appartement et, même si la clause est assez mal rédigée à cet égard, la vente reste

¹ L. Mazeaud, n. sous Toulouse 23-10-1934, DP 35, 2, p 49.

² Civ. 3°, 4-6-1998, Simon, Inf. rapides de la copropriété 11/98 p 21, n° 4.

possible au profit des autres copropriétaires. Bref, le droit de propriété était loin d'être fondamentalement annihilé.

301- En droit du travail, on contestera difficilement le caractère bénin de l'atteinte à diverses libertés résultant de certaines sanctions. Ne pas pouvoir injurier sans conséquence le chef d'Etat syrien lorsque l'on est salarié de la Syrian Arab Airlines, ne pas pouvoir s'exprimer librement sur l'avortement pour un médecin salarié d'une fondation catholique ¹, autant d'atteintes à la liberté d'expression qui semblent relativement mineures. Il ne s'agit évidemment pas de dire que les licenciements motivés par ces dérapages sont des actes bénins ; ils ne sauraient l'être pour les salariés concernés. Il faut seulement admettre que le minimum de retenue qui était donc exigé dans chaque cas ne violait pas la substance même du droit fondamental en question ². La liberté d'expression ne se résume pas à la possibilité d'injurier tel ou tel chef d'Etat, ni à celle de défendre le droit à la vie ; il restait beaucoup de sujets de discussion aux salariés dans les espèces envisagées ³.

302- Toujours au sein de l'entreprise, mais mettant cette fois en jeu le corps humain, il est indéniable que certains examens s'avèrent relativement mineurs eu égard à la sauvegarde de la personne. Comme l'a parfaitement retenu le Tribunal administratif de Lille dans l'affaire des Peintures Corona, l'épreuve de l'alcootest « n'apporte aucune atteinte ni limitation *substantielle* aux droits de la personne, aux principes généraux du droit ni aux garanties constitutionnelles »⁴. Si c'était le cas, les autorités de police ne pourraient pas elles-mêmes l'imposer aux automobilistes. Tout un chacun survit à ce genre de tests et ce n'est donc pas sur ce point qu'il faut espérer pouvoir les critiquer.

L'analyse n'est guère différente lorsque l'employeur fait procéder, dans des circonstances justifiées⁵, à des tests sanguins afin de dépister la toxicomanie ou éventuellement la séropositivité. Un prélèvement de sang n'entame pas de manière

¹ Respectivement Soc. 6-10-1993, Dr. social 94 p 353 n. O. de Tissot, *supra* n° 240 ; Commission EDH 6-9-1989, Rommelfanger c/ RFA, DR n° 62 p 151, *supra* n° 223.

² Ces licenciements ne peuvent donc être qu'éventuellement critiqués au regard des deux premiers stades du contrôle (notamment justification du tabou du sujet, exigence d'un trouble et impossibilité pour l'employeur de réagir autrement), ce qui est affaire d'espèces.

³ V. *mutatis mutandis* Cour EDH 21-3-2000, Wabl c/ Autriche. Dans cette affaire, la Cour suprême autrichienne avait pris contre le requérant une ordonnance lui interdisant de répéter qu'il avait été la victime d'un « journalisme nazi » ; pour rejeter la violation de l'article 10 de la Convention, la Cour de Strasbourg relève que l'intéressé conservait le droit d'exprimer son opinion en d'autres termes, c'est-à-dire de contester les affirmations du quotidien par des propos moins diffamants.

⁴ Cité par A. Bacquet, concl. sur CE 1-2-1980, Dr. social 80 p 310s, spéc. p 314.

⁵ Ce qui sera très rarement le cas (*cf. supra* n° 231).

irréversible la vitalité même du corps, car il s'agit d'un élément qui se régénère¹. L'argument tiré de la sauvegarde de l'intégrité de la personne est inopérant s'agissant d'une opération bénigne². Le droit à la vie garanti par l'article 2, § 1, de la CEDH n'interdit évidemment pas « une intervention aussi banale », qui ne crée pas en principe un danger de mort³. En revanche, les résultats du test devront demeurer aussi confidentiels que possible afin que l'atteinte au droit au secret de la vie privée conserve un caractère mineur.

303- S'agissant des contrats médicaux, il ne fait plus de doute depuis longtemps qu'une opération de chirurgie esthétique « bénigne et non sanglante », source d'une atteinte légère à l'intégrité corporelle, est parfaitement licite⁴. La personne qui se fait corriger un nez disgracieux n'altère pas ses fonctions vitales. Quant à la circoncision, qu'elle soit à finalité thérapeutique ou religieuse, elle ne met pas non plus la santé de l'enfant en péril⁵, encore qu'on puisse considérer que son caractère irréversible rende cette appréciation un peu incertaine.

B- Un diagnostic parfois plus incertain.

304- L'aspect mineur d'une atteinte aux droits fondamentaux ne s'impose pas toujours avec la force de l'évidence. Le doute s'installe et la controverse paraît insurmontable, quand la jurisprudence ne se montre pas en outre fluctuante. Il n'est pas question de prétendre ici à l'exhaustivité et deux exemples seront seulement abordés, concernant d'abord la liberté du mariage puis le droit de grève.

¹ S. Prieur, La disposition par l'individu de son corps, Th. Dijon, 1998, n° 98.

² T civ. Lille, 18-3-1947, D. 47 p 507 n. J. Carbonnier (un examen comparatif de sangs constituait l'objet d'une expertise ordonnée par le tribunal).

³ Com. EDH 13-12-1979, X c/ Autriche, cité par Ch. Byk, Recherche biomédicale et droits de l'homme, une approche européenne, JCP 1993, I, 3719. L'hypothèse d'une contamination par le virus du Sida lors d'une prise de sang déborderait le champ de l'étude s'agissant d'un *fait* juridique.

⁴ A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. de législation et de jurisprudence 1933 p 362s, n° 10.

⁵ En ce sens G. Cornu, Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, éd. Montchrestien, 9^e éd. 1999, n° 484. Des juges du fond ont déjà eu l'occasion de dire que la circoncision thérapeutique était un acte bénin : TGI Paris, 6-11-1973, GP 74,1, 299 n. P. Barbier. La circoncision religieuse présente le même caractère, et procède d'une permission coutumière (v. en ce sens B. Py, Le sexe et le droit, Puf, 1999, p 32).

1/ L'interdiction d'épouser une personne déterminée.

305- *A priori*, lorsqu'une clause prétend interdire à un individu d'épouser une personne nommément désignée (généralement dans le cadre d'un acte à titre gratuit), il est tentant de n'y voir qu'une restriction par définition ponctuelle infligée à la liberté du mariage : à l'exclusion de la personne indésirable, les prétendant(e)s envisageables restent nombreux. Le célibat n'est donc pas formellement imposé. La stipulation ne heurte pas la substance même du droit au mariage garanti par l'article 12 de la CEDH. Se fondant sur le caractère relatif de l'atteinte, le droit romain et l'ancien droit concluaient à la validité ¹.

306- La nature non substantielle de l'atteinte peut cependant être contestée. Que signifie la liberté du mariage si l'on ne peut épouser l'élu(e) de son cœur ? Rien, car elle est alors amputée de sa plus noble part ². L'importance fondamentale de l'*intuitus personae* gouvernant la matière commande ici la solution ³. Il conviendrait donc de prononcer la nullité de ce type de clauses ⁴. La jurisprudence y semble prête mais les solutions sont souvent brouillées par le fait que les clauses nominatives sont en général viciées à la base car fondées sur un sentiment répréhensible ⁵.

Vilipender comme portant atteinte à la substance même de la liberté du mariage les clauses en question devrait impliquer une approche similaire lorsque l'interdiction émane d'un employeur et prohibe toute union avec les employé(e)s d'une entreprise rivale. La jurisprudence a pourtant eu par le passé l'occasion d'admettre qu'un employeur puisse se séparer d'un visiteur médical qui avait épousé l'employée d'un concurrent ⁶... Comment sortir de cet imbroglio ?

307- Quelques considérations simples et synthétiques peuvent être formulées. Lorsqu'une personne se voit interdire d'épouser un individu donné, il ne s'agit pas forcément de l'être aimé. Dès lors, l'atteinte infligée n'est ni objectivement ni subjectivement

¹ A. Bénabent, La liberté individuelle et le mariage, RTDC 1973 p 440s, spéc. n° 33. Cf. également Req. 11-11-1912, S. 14, 1, 185, n. E. Naquet.

² Selon la formule de A. Bénabent, *op. cit.*, n° 28.

³ Cf. J. Carbonnier, n. sous T. civ. Châtelleraut, 8-2-1949, D. 49 p 467.

⁴ En ce sens : A. Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, RTDC 1967 p 45s, spéc. p 20.

⁵ Exemple caractéristique : Civ. 1°, 8-11-1965, RTDC 66 p 332 obs. R. Savatier.

⁶ Soc. 23-1-1960, Bull. civ. IV n° 63. La Cour de cassation ne pouvait évidemment anticiper la consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté du mariage (CC 13-8-1993, Maîtrise de l'immigration, cons. 107) ; on peut néanmoins considérer que cet arrêt malmenait certainement l'opinion de Planiol, Ripert ou Naquet, selon laquelle la liberté nuptiale était un droit d'ordre public (cités par A. Bénabent, *in* n. sous Rennes 14-2-1972, JCP 75, II, 17934).

substantielle ; elle est et s'avère mineure pour les droits et libertés de la personne. En revanche, elle ne l'est plus si le testateur choisit à dessein de mettre à l'index l'individu qui a précisément les faveurs du gratifié. Dans cette hypothèse, le contrôle de l'intérêt animant le généreux donateur suffit le plus souvent à écarter la clause, quand celle-ci est notamment fondée sur la jalousie morbide.

308- Lorsque la contrainte pesant sur le choix de l'époux procède de l'occupation d'un poste clé au sein d'une entreprise et de l'existence d'une société concurrente, vivier de partenaires amoureux potentiels mais d'adversaires économiques réels, cette contrainte ne s'analyse pas comme l'interdiction d'épouser l'être idéal mais comme le moyen de protéger l'entreprise. Ce serait une simple coïncidence malheureuse si le salarié trouvait l'âme sœur dans la société adverse. N'éluons pourtant pas cette éventualité. Dans l'hypothèse où le mariage interdit aurait lieu, et où des fuites de savoir-faire s'ensuivraient de manière flagrante (ou des "vols" de clients à l'évidence non fortuits), la question se pose de savoir si le licenciement prononcé pourrait être critiqué. Il repose certainement sur une cause réelle et sérieuse mais ne constitue-t-il pas une atteinte substantielle à la liberté du mariage ? Nous ne le pensons pas. Ce n'est nullement le principe du mariage qui se trouve de fait interdit¹, mais les confessions dérangeantes entre époux. Le salarié conserve et doit conserver intacte la possibilité d'épouser un membre de l'entreprise rivale ; seule sa liberté d'expression subit en réalité une restriction, au demeurant mineure. L'analyse serait identique s'agissant du concubinage : la faculté de vivre en union libre demeure intacte pour des salariés d'entreprises concurrentes, les longues conversations sur les secrets de fabrique devant seulement être évitées, ou en tous cas ne pas faire l'objet d'une utilisation déloyale et fautive.

2/ L'obligation de respecter un délai de préavis de grève.

309- Une jurisprudence traditionnelle reconnaissait comme « licite et valable la clause d'une convention collective imposant le recours à des procédures de conciliation et l'observation d'un délai avant le déclenchement de grève »². La validité de ce type de clauses était néanmoins conditionnée à ce qu'elles n'aboutissent pas à prohiber la cessation collective et concertée du travail, c'est-à-dire à paralyser le droit de grève³. Cette approche paraît tout à

¹ La sanction d'un salarié créerait naturellement un précédent dans l'entreprise que le reste du personnel assimilerait à une telle interdiction.

² Soc. 14-1-1960, 5-5-1960 et 6-5-1960, JCP 60, II, 11692, n. de l'avocat général R. Lindon.

³ Soc. 27-2-1974, Bull. civ. V n° 140 ; 8-12-1983, Bull. civ. V n° 602.

fait appropriée par rapport à la démarche développée ici : l'acte juridique attentatoire n'est pas constitutif d'une lésion substantielle du droit dès lors qu'il s'agit seulement d'un aménagement de ses modalités. La faculté de faire grève n'est point annihilée tant que les conventions collectives ou les accords d'entreprise « se contentent de ce rôle mineur et ne prétendent pas aller au-delà, en niant l'existence même de ce droit »¹. Prévoir le respect d'un préavis ne supprime pas totalement l'exercice du droit de grève.

310- La Cour de cassation décide en 1995 de bouleverser cet édifice. La chambre sociale se trouvait face à une clause d'attente classique, de celles qui selon les mots de M. Déprez, ne visent pas à interdire le droit de grève, ne le menacent pas, ne font qu'en suspendre provisoirement l'exercice². L'arrêt du 7 juin 1995 retient pourtant qu'une convention collective « ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux »³.

311- Comment expliquer cette décision innovante ? Le revirement procède sans doute d'une tendance suscitée notamment par les constitutionnalistes et encourageant les juges "ordinaires" à profiter des potentialités du bloc de constitutionnalité⁴, ce dernier "appartenant à tout le monde" et ayant vocation à irriguer l'ensemble des matières juridiques. Comme elle l'avait fait en 1992⁵, la chambre sociale a tout simplement exploité le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui énonce le principe particulièrement nécessaire à notre temps suivant : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des *lois* qui le réglementent ». La Cour applique la Constitution : seul le législateur pouvant réglementer l'exercice du droit de grève⁶, une convention collective ne peut prétendre à ce rôle. L'explication est séduisante, car littéralement exacte⁷, mais elle ne résiste pas aux indications figurant dans le Rapport de la

¹ H. Sinay, n. sous Soc. 15-2-1965, JCP 65, II, 14212.

² J. Déprez, Exercice du droit de grève, interdiction des limites conventionnelles, RJS 1995 p 564.

³ Soc. 7-6-1995, Bull. civ. V, n° 180 ; Rapport de la Cour de cassation 1995, La documentation française, 1996, p 237 ; Dr. social 95 p 835 obs. J.-E. Ray ; D. 96 p 75 n. B. Mathieu ; RTDC 96 p 153 obs. J. Mestre ; Dr. ouvrier 2/96 p 95 n. L. Milet.

⁴ On a relevé plus largement un accroissement de la « fréquentation du *marché doctrinal* du droit constitutionnel et des droits de l'homme » : A. Jeammaud, Le droit constitutionnel dans les relations du travail, AJDA 1991 p 612s, spéc. p 622.

⁵ Soc. 2-6-1992, Dr. social 92 p 700, qui énonce en visant le préambule de 1946 que la grève est « un droit constitutionnellement reconnu ».

⁶ Sur le sujet en général : G. Lyon-Caen, Réglementer le droit de grève ?, Dr. social 1988, p 709.

⁷ La référence constitutionnelle aux *lois* réglementant le droit de grève peut cependant s'entendre de la norme bâtie par les parties à une convention, en vertu de l'article 1134 du Code civil : en ce sens B. Teyssié, Grève dans le secteur privé, conditions de licéité, Juris-Classeur Travail Traité, fasc. 70-15, éd. 1995, n° 23.

Cour de cassation ¹ selon lesquelles la clause d'origine conventionnelle peut néanmoins s'imposer aux syndicats signataires. Si elle n'est pas opposable aux salariés ², elle est donc néanmoins valable, ce qui s'avère singulier s'agissant d'une norme émanant de partenaires sociaux incompétents pour l'édicter !

312- La dissonance de la force obligatoire de la clause (sans effets pour les salariés, contraignantes pour les syndicats) invite-t-elle à placer le débat sous l'influence de l'ordre public social ³, protecteur des salariés ? Sous réserve d'une analyse globale de la convention collective, il est certain qu'une clause d'attente ne constitue pas une mesure *in favorem* ⁴. N'est-il pas néanmoins plutôt insolite de faire intervenir l'ordre public social lorsque aucune loi ni aucun règlement ne semble poser de règle plancher ⁵ ? Dans ces conditions, il convient plutôt d'admettre que la chambre sociale a seulement fait jouer l'ordre public classique, en l'occurrence fondamental ⁶. Comme cet ordre public n'est pas absolu ⁷, la question reste entière de savoir si une convention collective peut engendrer une atteinte mineure au droit fondamental concerné.

Sauf à dire que les juges n'ont pas encore vraiment pris conscience que même entre personnes privées, toute liberté est relative ⁸, nous ne voyons qu'une seule explication permettant d'insérer la solution adoptée en 1995 dans la dialectique retenue jusqu'ici : la lésion litigieuse infligée au droit de grève n'aurait pas un caractère mineur (et méritait donc

¹ Rapport de la Cour de cassation 1995, *op. cit.*, *loc. cit.*

² En ce sens : M. Grévy, La sanction civile en droit du travail, Dr. social 2001 p 598.

³ Cf. J.-E. Ray, obs. précitées, qui énonce que comme l'accord litigieux ne pouvait prétendre se conformer à l'ordre public social, la cause semblait entendue.

⁴ C'est bien pourquoi on envisage l'hypothèse comme une *atteinte* au droit de grève.

⁵ V. pourtant T. civ. Seine, 21-2-1956, JCP 57, II, 10013, qui sanctionne les clauses envisagées en ce qu'elles sont moins favorables aux travailleurs que les dispositions légales qui ne prévoient ni conciliation préalable, ni respect d'un préavis.

⁶ En ce sens Ch. Radé, Exercice du droit de grève et négociation collective, Dr. social 1996, p 37s, spéc. p 41, ainsi que L. Milet, n. précitée. Doit être qualifiée de fondamentale la partie de l'ordre public comprenant notamment les libertés de l'individu : J.F. Romain, L'ordre public (notion générale) et les droits de l'Homme, *in* L'ordre public, concept et applications, Bruxelles, 1995, p 8s, spéc. p 32s.

⁷ Cf. *supra* n° 126. *Contra* : L. Milet, précité.

⁸ Cette carence judiciaire paraît en la matière exclue depuis un arrêt de 1956 (Civ. sect. soc., 27-1-1956, D. 56 p 481 n. A. Gervais), qui retient que la reconnaissance du droit de grève par le Préambule de la Constitution de 1946 « ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre (...) ». En revanche, il n'est pas exclu qu'une part de la doctrine conserve encore quelques illusions. Ainsi J. Déprez, chron. précitée, qui conçoit mal que la volonté privée puisse porter atteinte à des droits et libertés fondamentaux ; de même J.-E. Ray, obs. précitées, qui estime singulier que des personnes privées puissent limiter ou réglementer un droit constitutionnel dont elles ne disposent pas.

d'être sanctionnée), car on considérerait désormais qu'il est de l'essence même de ce droit qu'il s'exerce de manière inopinée. L'assortir d'un délai de préavis reviendrait ainsi à toucher à sa substance. L'explication est sans doute fragile. Peut-être le fondement de la jurisprudence actuelle est-il d'ailleurs beaucoup plus simple, le vice des clauses envisagées ne résidant pas dans l'intensité de l'atteinte portée au droit de grève mais dans l'absence de justification jugée légitime et acceptable à ce type de clauses ¹. Il aurait alors fallu que la haute juridiction l'énonce clairement...

Le constat demeure, la matière des clauses de préavis de grève n'est plus un cas topique d'atteinte mineure dans les droits fondamentaux. N'est donc plus adaptée dans ce domaine la formule de M. Mimin : « ce n'est pas restreindre un droit que d'en organiser conventionnellement l'exercice »².

¹ Vouloir faire prévaloir la négociation sur le conflit, rechercher la « paix sociale » (R. Lindon, n. précitée, JCP 1960, II, 11692) afin d'éviter le désordre, ces préoccupations sont nobles mais s'accompagnent de l'intérêt financier de l'employeur, traditionnellement considéré comme moins louable. Une évolution se prépare peut-être puisque la chambre sociale a pu considérer avec une certaine bienveillance le souci de l'employeur, « en cas de grève, d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité » (Soc. 11-1-2000, D. 2000 p 369 n. Ch. Radé).

² P. Mimin, Avant la grève : la clause de conciliation dans les conflits collectifs du travail, JCP 1959, I, 1467 bis.

Conclusion du Chapitre III.

313- D'une manière générale, pour se prononcer sur le caractère substantiel ou limité de la lésion infligée à un droit fondamental, il faut sans cesse naviguer entre deux écueils. Une conception peu ambitieuse de la substance des libertés conduit à dégrader la force de leur protection. Une vision trop exigeante paralyse quant à elle les relations juridiques des individus et s'expose en outre à des risques de contradiction avec les solutions en vigueur dans les rapports verticaux liant l'Etat et les personnes privées. Il serait à cet égard malencontreux de considérer que la partie inexpugnable d'un droit mérite d'être envisagée de manière plus stricte dans les rapports horizontaux ; cela briserait l'homogénéité qui doit régner au sein du droit des libertés fondamentales.

Au-delà de ces considérations, nous souhaiterions avoir convaincu de l'importance de la mise en œuvre de cette troisième étape dans le contrôle des actes juridiques attentatoires aux droits fondamentaux. L'analyse doctrinale selon laquelle on pourrait « suivant une voie mieux connue, réduire toute cette histoire de "substance" à une application du principe de proportionnalité »¹ nous paraît erronée pour deux raisons. Formellement, en premier lieu, il est juridiquement inexact de qualifier de test de proportionnalité une étape consistant à focaliser son attention sur un objet unique, à savoir le degré de l'atteinte subie. En second lieu, une pesée même rigoureuse des intérêts en présence ne présente pas, au fond, la garantie certaine de stigmatiser une atteinte vidant le droit fondamental considéré de tout contenu², dans l'hypothèse où l'intérêt poursuivi par la stipulation est lui-même idéalement satisfait (la balance est équilibrée, car au lourd sacrifice infligé répond un bénéfice optimal, mais la liberté protégée est réduite à une coquille vide). Il convient donc de vérifier de manière spécifique que le sujet de l'atteinte conserve une possibilité concrète et effective de mettre en œuvre la liberté prise en otage par l'acte juridique ; ainsi l'exige ce qu'on appellera « la prééminence du droit [fondamental] dans une société démocratique »³.

¹ J.-F. Aubert, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *in* Festschrift W. Kägi, Zurich 1979, p 1s, spéc. p 26. Dans le domaine des clauses de non-concurrence, « l'occasion de faire l'économie d'une condition aux contours incertains » a de même été envisagée mais finalement rejetée par Y. Auguet (« Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité ! », *Dr. et patrimoine* 3/2001 p 33s, spéc. p 38 - l'auteur ne raisonne pas formellement en termes d'atteinte à un droit fondamental et encore moins d'atteinte substantielle, mais sa démarche est cependant comparable à la nôtre -).

² V. en ce sens M. Borghi, Le noyau intangible des droits culturels (A la recherche d'un critère pour la détermination analytique d'un « minimum vital culturel »), *in* Etudes J.-F. Aubert, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1996, p 321s, spéc. p 325.

³ V. *mutatis mutandis* Cour EDH 4-12-1995, *Bellet c/ France*, § 36, JCP 96, II, 22648 n. M. Harichaux, à propos du droit d'accès à un tribunal. Cf. plus généralement P. Wachsmann, La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour EDH, *in* Etudes J. Schwob, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, p 241.

314- Conclusion du Titre 1.

La méthode d'appréciation des actes juridiques lésant nos droits essentiels a été explicitée. On sait maintenant dans quelles conditions de tels actes sont ou non respectueux des règles du bloc de fundamentalité : ils doivent être légitimement et concrètement justifiés, être porteurs d'une atteinte proportionnée, le tout sans jamais heurter la substance même de la liberté concernée. Ces critères, dont le consentement de la victime ne saurait faire partie ¹, tendent à se manifester de plus en plus clairement, même s'ils ne sont pas mis en œuvre de manière formelle.

La méthode dégagée permet par exemple de mieux apprécier la pertinence des principes maniés par la Commission des clauses abusives, lorsque celle-ci se prononce sur des stipulations portant atteinte aux droits fondamentaux, que ce soit l'intimité de la vie privée des personnes âgées placées dans des centres d'hébergement, la liberté d'aller et de venir du participant à un séjour linguistique, ou encore le droit du consommateur d'agir en justice ². Comme l'a montré M. Jourdain ³, la Commission contrôle les motifs des avantages que s'octroie le professionnel, pourchassant ceux qui sont dénués de toute justification. Au nom de la proportionnalité, elle condamne les clauses conférant au professionnel une protection excessive au regard du risque à garantir. Enfin, et nous estimons qu'il s'agit là de la garantie de la substance des droits fondamentaux concernés, elle fustige les interdictions drastiques ainsi que les contraintes (délais de réclamation notamment) aboutissant en pratique à priver le consommateur de ses droits. Il ne tient qu'au législateur de prendre en compte ces recommandations, et plus largement le travail de la Commission, afin de traduire dans la loi ces préceptes de bonne conduite au regard des libertés fondamentales. Ce serait sans doute la technique la plus efficace pour inciter les acteurs de la vie juridique à s'y plier. En matière de

¹ La CNIL est du même avis quand elle décide à l'encontre des compagnies d'assurances que l'échange d'informations entre le médecin traitant de l'assuré et le médecin-conseil de la compagnie (cette atteinte au secret médical constituant une atteinte au secret de la vie privée) ne peut être admis « même avec l'accord du patient » (cité par L. Dubouis, *Feu le secret médical ?*, in *Mélanges G. Peiser*, PUG, 1995, p 201s, spéc. p 207).

² Cf. respectivement les Recommandations 85-03 (BOCC 9-11-1985), 94-03 (BOCC 27-9-1994) et 79-02 (BOSP 24-2-1979).

³ P. Jourdain, *La doctrine de la Commission*, in *Les vingt ans de la Commission des clauses abusives*, Actes de la journée de Chambéry du 29-5-1998, *Rev. Conc. et Consommation* 9-10/1998, p 23s, spéc. p 29s.

droits fondamentaux, nous avons en effet moins besoin de nouvelles déclarations ou chartes solennelles¹ que de nouvelles habitudes et de nouvelles méthodes².

Après avoir effectué le contrôle proposé, le juge interne dispose de plus de pouvoirs qu'un organe dont la compétence se limiterait à rendre des jugements déclaratoires, c'est-à-dire qui se prononcerait uniquement sur la compatibilité de l'acte soumis avec les droits fondamentaux³. Le juge national ordinaire est en effet compétent pour corriger ou annuler l'acte litigieux, et pour en surveiller l'application lorsque ce dernier est jugé valable.

¹ Qui peuvent n'être qu'une « bénévole admonestation morale préjuridique » (expression empruntée à A. Ollero-Tassara, *Droit "positif" et droits de l'homme*, éd. Bière, 1997, p 109), quitte il est vrai à devenir par la suite des textes à portée contraignante.

² L. Germain, Discussion, *in* Les droits de l'homme en France, Actes du VII^e colloque de Besançon, 20/21-1-1978, p 26. Cf. également Ph. Waquet : « la prise en compte des libertés et droits fondamentaux implique un changement de méthode et un renouvellement de la perspective du juge de la légalité » (*La Cour de cassation et les droits fondamentaux*, *in* colloque Justice et droits de l'homme, Tréguier 20/1-5-2000, GP 20-12-2000 p 15).

³ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 1999, n° 361, à propos de la Cour européenne des droits de l'homme.

Titre 2

Les suites du contrôle.

315- A ce stade de l'étude, il faut supposer qu'un acte juridique a été soumis au contrôle proposé.

La disposition litigieuse aura pu échouer d'emblée, l'atteinte n'étant en effet pas justifiée : elle ne pouvait s'appuyer sur la satisfaction d'un intérêt légitime, ou tendait certes vers un but louable mais qui n'était qu'un faux-semblant. L'acte pourra également avoir été victime de son caractère disproportionné : au regard de l'objectif poursuivi, qui était à l'abri des critiques, il n'était pas indispensable ou s'avérait trop attentatoire au droit fondamental considéré. Enfin, l'acte juridique aura pu ne pas résister à ce qu'on nomme parfois « l'analyse de marginalité »¹ : il heurtait la substance même de la liberté, sa partie essentielle et intouchable.

A l'issue du contrôle, la licéité de la disposition aura pu au contraire être caractérisée, l'atteinte ayant passé avec succès les différentes barrières mises à sa compatibilité avec les droits fondamentaux.

Les deux hypothèses appellent un traitement différent. Si l'acte n'a pas observé les règles du respect dû aux libertés fondamentales, cette atteinte illicite nécessite une sanction (**Chapitre I**). A l'inverse, si l'acte a triomphé des filtres successifs, il convient de se demander si l'immixtion ainsi autorisée dans le bloc de fundamentalité doit être soumise à un régime spécifique (**Chapitre II**).

¹ Selon l'expression de F. Delpérée (Rapport sur le régime juridique du secret de la vie privée, *in* Constitution et secret de la vie privée, XVI^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence 15/6-9-2000).

Chapitre I : Sanction de l'atteinte illicite.

316- Selon M. Rivero, il n'existe pas une véritable spécificité de la sanction en matière de libertés ¹. Il est difficile de ne pas adhérer à ce constat. La diversité des réponses juridiques en la matière répond cependant à la diversité des situations appréhendées, et il convient sans doute de se féliciter de la richesse de la panoplie d'outils opérationnels pour réagir à chaque cas concret.

La manière la plus dissuasive de condamner une atteinte illicite consiste certainement à sanctionner pénalement la violation des droits fondamentaux : les mesures répressives constituent le moyen le plus énergique d'assurer le respect de prescriptions essentielles à l'ordre public ². L'auteur de l'acte litigieux, celui auquel il est imputable à titre principal, devrait répondre de son comportement délictueux. Le contentieux répressif peut notamment compter sur des soutiens doctrinaux en droit du travail, où il joue à l'évidence un rôle très symbolique ³. Le "front" pénal est en outre jugé favorable au salarié, car en la matière, le débat est porté « sur le terrain de la violation des textes et non pas sur celui de la conciliation de ces textes avec les règles du droit des contrats »⁴. Il convient cependant de garder à l'esprit que pour prolonger pénalement la sanction d'un acte juridique contraire aux droits fondamentaux dans l'ordre civil, il est indispensable qu'existe une disposition répressive spécifique incriminant le fait d'avoir initié l'acte litigieux. Si l'on ajoute à cela l'interprétation stricte de la loi pénale, ou encore la garantie de la liberté individuelle qui commande que le Ministère public supporte toutes les difficultés de preuve ⁵, on comprendra que la qualification délictueuse ne se déduise pas automatiquement du résultat du contrôle de conformité de l'acte au regard du bloc de fundamentalité. Par exemple, alors qu'une

¹ J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. 1, Les droits de l'homme, Puf, 8^e éd. 1997, p 196.

² Bouzat, cité par R. Doublier, *Le consentement de la victime*, in G. Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, études de droit criminel, Dalloz, 1956, p 187s, spéc. p 216.

³ V. sur ce point Y. Mayaud, *Les recours au juge répressif*, in *La diversité des recours en droit social*, Colloque Lyon, Dr. social 1987 p 510.

⁴ A. Supiot, *Droit du travail sous la dir. de G.H. Camerlynck*, t. 9, *Les juridictions du travail*, Dalloz, 1987, n^o 193.

⁵ J. Patarin, *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in G. Stefani (dir.), *op. cit.*, p 7s, spéc. p 19. En matière de discrimination, il est concevable de mettre à la charge du prévenu la preuve du caractère légitime de l'inégalité de traitement constatée (J. Mouly, obs. sous Soc. 4-7-2000, Dr. social 2000 p 919 ; F. Desportes, *Juris-Classeur pénal*, *Discriminations*, art. 225-1 à 225-4, 2000, n^o 69), mais le doute devra nécessairement lui profiter (v. J. Mouly, obs. sous Crim. 14-6-2000, Dr. social 2000 p 1036).

discrimination à seule raison de l'âge peut être civilement sanctionnée ¹, des poursuites pénales à l'encontre du discriminant paraissaient jusqu'à présent exclues puisque l'article 225-1 du Code pénal ne retenait pas cet élément comme motif de discrimination ². En revanche, cette disposition frappera un bailleur qui, apprenant que l'un de ses cocontractants est séropositif, établit un avenant au contrat exigeant la fourniture de deux cautions supplémentaires dans un délai d'une semaine ; il s'agit bien en effet de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition uniquement fondée sur un des éléments discriminatoires visés à l'article, en l'occurrence l'état de santé ³.

L'article 223-15-2 du Code pénal, qui réprime l'abus frauduleux de la situation de faiblesse d'un mineur, d'une personne particulièrement vulnérable ou victime de pressions, pour le (ou la) conduire à un acte qui lui est gravement préjudiciable, pourrait quant à lui être utilisé lorsqu'une personne est poussée à tourner une scène sadomasochiste dans un film X, ou lorsqu'une femme « âgée et besogneuse » consent par convention à de dangereuses pratiques de vivisection ⁴.

Au-delà de ces exemples, il convient de se demander s'il serait souhaitable de réprimer à l'avenir *toute* violation du bloc de fundamentalité. Plusieurs arguments paraissent s'y opposer. D'abord, on sait qu'au regard de l'article 8 de la DDH, les incriminations imprécises sont interdites : la loi pénale doit indiquer clairement à quelles conditions un acte est punissable ⁵. Or, même en "misant" sur l'autonomie du droit pénal, les nuances qui président au contrôle de licéité des atteintes infligées aux droits fondamentaux constituent à cet égard un handicap pour leur répression. Par ailleurs, dans bon nombre d'hypothèses, la personne à

¹ Versailles 11-3-1985, D. 85, IR p 421. Il s'agissait d'une disposition d'une convention collective qui limitait, de façon générale et *a priori*, les possibilités d'embauchage à l'âge de 35 ans. Les juges se fondent notamment sur l'article L. 311-4 du Code du travail, qui interdit la publication d'offres d'emploi comportant la mention d'une limite d'âge supérieure.

² Depuis la modification issue de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (D. 2001 p 3411), les motifs mentionnés sont les suivants : origine, sexe, situation de famille, *apparence physique*, *patronyme*, état de santé, handicap, mœurs, *orientation sexuelle*, *âge*, opinions politiques, activités syndicales, appartenance à une ethnie, à une nation, à une race ou à une religion.

³ Crim. 25-11-1997, Bull. crim. n° 399, RSC 98 p 543 obs. Y. Mayaud. C'est une application de l'article 225-2, 4°, du Code pénal. La peine maximale est de deux ans de prison ; en l'espèce, une amende de 10 000 F fut infligée.

⁴ Ce dernier cas de figure s'inspire d'une affaire jugée par la Cour de Lyon (27-6-1913, DP 14, 2, 74 n. H. Lalou). L'article précité du Code pénal est issu de la loi du 12 juin 2001 (tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales) et "remplace" l'article 313-4 (abrogé par ladite loi), qui réprimait lui aussi l'abus de faiblesse. L'infraction devient une atteinte à la personne (et non plus aux biens), ce qui est plus adéquat, au regard de la présente étude, pour appréhender des actes lésant n'importe quel droit fondamental de l'individu.

⁵ CC 18-1-1985, RSC 85 p 609 ; Crim. 1-2-1990, Bull. n° 56 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, 17° éd. 2000, n° 123.

l'origine de l'acte juridique litigieux aura pu se méprendre sur le caractère antisocial de ce dernier : les simples particuliers n'ont certainement pas toujours conscience qu'une atteinte aux droits fondamentaux peut être illicite malgré le consentement de celui qui l'a subie ¹. L'obligation de respecter par exemple les droits conférés à l'individu par la CEDH ne relève pas de l'évidence pour les sujets de droit ; ne serait-il pas injuste dans ces conditions de réprimer systématiquement les violations de la norme européenne ? Il est certes possible de rétorquer que les pouvoirs publics peuvent justement recourir aux sanctions pénales pour imposer le respect des droits fondamentaux bafoués par ignorance ou légèreté. Cette tentation se heurte cependant aux critiques et à l'inquiétude suscitées par l'inflation pénale, par « la place envahissante » que le droit pénal a prise dans la vie sociale moderne ² : « l'outrance répressive procède d'une erreur stratégique qui, voulant donner de l'importance à trop de valeurs, les démonétise toutes »³.

317- Il reste alors les sanctions purement civiles des atteintes condamnables au regard des droits fondamentaux. En la matière, la diversité est grande non seulement en raison de la variété des actes juridiques envisagés, mais aussi compte tenu des différentes autorités susceptibles de se prononcer et des diverses configurations de contentieux. Par exemple, s'agissant du règlement intérieur d'une entreprise privée, l'inspecteur du travail peut exiger le retrait ou bien la modification des dispositions contraires aux droits et libertés (article L. 122-37 du Code du travail), à charge pour le juge de droit public de déterminer le bien-fondé de cette décision. Le juge judiciaire se trouve dans une perspective différente : le juge des relations salariales est en pratique sollicité pour déterminer si le défaut d'observation d'une consigne contenue dans le règlement intérieur constitue ou non un motif réel et sérieux de licenciement ⁴. Il peut le cas échéant écarter l'application à l'instance d'une clause litigieuse,

¹ Or, à l'origine, le droit pénal réprime seulement les violences et attentats contraires à la morale **élémentaire** : G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *op. cit.*, n° 23.

² G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *op. cit.*, n° 31. « Toute société doit s'efforcer de réduire le champ ouvert à sa justice répressive » : G. Levasseur, *Droit social et droit pénal*, in *Etudes A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p 317s, spéc. p 324.

³ Cl. Lombois, *Droit pénal général*, éd. Hachette, 1994, p 11, qui ajoute que « banalisée, la règle pénale devient triviale, alors qu'elle devrait être majestueuse ».

⁴ Pour un exemple, v. Orléans 4-1-1996, JCP 96, éd. E, Pan. 1089, à propos d'une disposition attentatoire à la liberté individuelle et injustifiée par la nature de la tâche à accomplir, imposant à des chauffeurs ambulanciers le port d'une cravate et interdisant jeans et baskets.

mais non l'annuler¹ ; le Tribunal de grande instance est le seul juge compétent pour connaître d'une action principale en annulation d'une clause d'un règlement intérieur².

La procédure de référé apporte également son lot de sanctions spécifiques. Le mépris d'une liberté garantie par une disposition constitutionnelle ou par un instrument international constituant certainement un trouble manifestement illicite³, la seule constatation d'une atteinte aux droits de la personne caractérisant l'urgence⁴, le juge des référés pourra ordonner des mesures de police provisoires : enlèvement d'une caméra, suppression d'un questionnaire⁵, rétablissement momentané du salarié dans ses droits (le juge hésitant cependant à prononcer la réintégration quand la loi ne déclare pas le licenciement litigieux nul de plein droit⁶), etc.... Le législateur contemporain s'avère incontestablement favorable à ce mode d'intervention : la preuve en est la création par la loi du 30 juin 2000 du "référé-liberté", ouvrant au juge administratif la faculté d'ordonner toute mesure de sauvegarde justifiée par l'urgence lorsqu'un acte de l'administration porte une atteinte grave et manifestement illégale à une « liberté fondamentale »⁷. En droit social, on sait que l'inspecteur du travail peut saisir

¹ M. Moreau, Sources, in *Juris-Classeur Travail traité*, fasc. 1-10, 2000, n° 72.

² Sur cette compétence : Soc. 16-12-1992 (Bull. civ. V n° 602, Dr. social 93 p 267 n. A. Jeammaud), qui précise que le règlement intérieur est un acte juridique de droit privé.

³ J.-M. Verdier, n. sous Cons. prud'hommes Paris, réf., 4-6-1996, Dr. ouvrier 96 p 381 ; Paris 15-11-1995, Dr. ouvrier 96 p 173 obs. P. Moussy, à propos d'un licenciement discriminatoire ; Ph. Waquet (Le contrôle du règlement intérieur, AJDA 1991 p 592), à propos des clauses contraires « à une loi d'ordre public ou à une liberté essentielle ». Dans l'affaire *Clavaud*, les juges de l'urgence s'étaient montrés moins catégoriques, refusant d'ordonner en référé la réintégration du salarié, faute de l'existence d'un trouble *manifestement illicite* (art. R. 516-31 du Code du travail) : Riom 15-4-1986, Dr. ouvrier 86 p 204 n. M. Henry ; F. Rochois, L'affaire *Clavaud*, RPDS 1988 p 259. Depuis un décret du 17 juin 1988, la formation de référé du Conseil de prud'hommes peut se prononcer « même en présence d'une contestation sérieuse ».

⁴ Civ. 1°, 20-12-2000, Érignac, JCP 2001 p 547 concl. J. Sainte-Rose et n. J. Ravanas, D. 2001 SC p 1990 obs. A. Lepage. Ce motif de la décision est rendu au regard de l'article 9 du Code civil (*cf.* également Civ. 1°, 12-12-2000, D. 2001 p 2434 n. J.-Ch. Saint-Pau).

⁵ En ce sens : G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992, n° 182.

⁶ *Cf.* sur le sujet G. Couturier, La réintégration des salariés non spécialement protégés – actualité ou prospective ? –, Dr. social 1981 p 248 ; M.-A. Drica, Le juge prud'homal des référés face aux discriminations, Dr. ouvrier 1998 p 431 ; B. Boubli, Exécution du contrat de travail, droit disciplinaire, *Juris-Classeur Travail Traité*, fasc. 18-40, 1996, n° 100. Dans l'affaire du bermuda au travail (C. Prud. Rouen, réf., 30-8-2001, D. 2001, IR p 2722, confirmé le 13 novembre 2001 par la Cour d'appel de Rouen, Liaisons sociales quot. 16-11-2001), le salarié Monribot n'obtient pas en référé sa réintégration, les juges ne décelant pas une discrimination sexuelle et le juge départiteur refusant d'admettre l'annulabilité d'un licenciement portant atteinte à la liberté de se vêtir (il est vrai absente de l'article L. 122-45 du Code du travail). En l'espèce, la cause du licenciement ne nous paraît pas illicite, seul son caractère sérieux étant sujet à discussion.

⁷ L'expression vise les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles, européennes ou internationales : J.-M. Favret, Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000, Dr. administratif 11/2000, chron. 19. L'application de cette nouvelle procédure peut emporter « reconnaissance implicite des effets horizontaux des droits fondamentaux » (R. Ghevontian, n. sous CE, ord. réf., 24-2-2001, D.

le juge des référés pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser « un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur »¹.

Parmi les différentes sanctions possibles d'un acte irrégulier au regard du respect dû aux droits fondamentaux, deux techniques méritent sans doute plus d'attention : la voie la plus ferme, qui consiste à annuler l'élément attentatoire (**Section 2°**), et une manière moins radicale, qui s'applique à corriger l'atteinte (**Section 1°**). Une question doit cependant être envisagée à titre liminaire car elle gouverne à l'évidence pour partie le prononcé de la sanction : sur qui pèse la charge, et le risque, de la preuve de la licéité ou de l'illicéité de l'acte ?

Section préliminaire : Rôle des parties dans la preuve de l'illicéité.

318- Le principe traditionnel *actori incumbit probatio* – la preuve incombe au demandeur – devrait conduire à retenir que si la victime de l'acte juridique litigieux, c'est-à-dire la personne dont les droits fondamentaux sont bafoués, sollicite la sanction de la stipulation, elle doit en établir l'illicéité². Si un doute subsiste sur cette dernière, il devrait profiter à l'adversaire (*in dubio pro reo*).

La généralité des principes soutenant une telle approche ignore cependant la spécificité de la matière : les actes synonymes d'atteintes aux libertés doivent compter avec une présomption d'illégalité³, qui tient classiquement au caractère impératif des règles protégeant ces libertés⁴. La charge de la preuve de la licéité des actes incombera donc à celui qui prétend limiter les droits fondamentaux⁵, en pratique le stipulant¹ (qui devra en outre subir le joug de

2001 p 1749, à propos du litige opposant J. Tibéri à Canal +, qui ne révélait pas cependant « une atteinte manifestement illégale » au caractère pluraliste de la liberté d'expression).

¹ Art. L. 263-1 du Code du travail. Sur le sujet, cf. A. Supiot, *op. cit.*, n° 201 ; plus généralement J.-M. Sportouch, Les recours au juge du provisoire en droit du travail, Dr. social 1987 p 503.

² Autrement dit, c'est à celui qui invoque une violation de l'ordre public de l'établir : N. Rontchevsky, L'effet de l'obligation, éd. Economica, 1998, n° 703s.

³ En ce sens, à propos de la liberté de déplacement : X. Philippe, La liberté d'aller et de venir, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 5^e éd. 1999, n° 336. De même, un contrat apportant une exception à la liberté du commerce et de l'industrie est présumé produire un effet condamnable : N. Rontchevsky, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Cette approche classique (v. par exemple les propos de J. Dabin, Théorie générale du droit, Dalloz, 1969, n° 68 : les Déclarations de droits qui précèdent les Constitutions sont des règles prohibitives et obligatoires, « interdisant tous actes contraires ») s'avère assurément trop radicale (cf. *supra* n° 126s), dès lors qu'une certaine limitation des droits fondamentaux doit être permise. Sous cette réserve essentielle, le caractère impératif des normes consacrant les libertés demeure cependant la règle.

⁵ En ce sens : R. Sève, Les droits et libertés fondamentaux et la philosophie, in Libertés et droits fondamentaux, *op. cit.*, n° 49-2 ; J. Mouly, n. sous Soc. 17-10-2000, D. 2001 p 2061, qui y voit une règle logique.

la règle *in dubio pro libertate*²). Cette analyse est la seule conforme aux solutions européenne et communautaire³. Il est permis d'en voir une forme d'application dans le motif d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, rendu en 1996 dans une banale affaire d'autorisation d'installation d'un ascenseur obtenue par une partie des copropriétaires d'un immeuble. La juridiction du fond énonce qu'il appartient au syndicat de copropriété, et non aux copropriétaires opposants au projet, « de rapporter la preuve que la décision majoritaire contestée a été prise dans le respect des droits fondamentaux des minoritaires, sans porter une atteinte réelle à leur droit de jouissance sur les parties communes »⁴.

319- La combinaison du principe traditionnel *actori incumbit probatio* et de la spécificité de la matière paraît possible en pratique. Il est ainsi normal d'admettre que la personne qui s'estime lésée dans ses droits fondamentaux et qui saisit le juge pour cette raison, fournisse positivement à ce dernier divers éléments attestant la matérialité d'une atteinte⁵, par exemple une discrimination apparente⁶. Le défendeur à l'action aura alors la charge de justifier cette atteinte, en mettant par exemple en avant des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination sexuelle⁷. Il doit prouver le bien-fondé de son exception de

¹ C'est-à-dire bien souvent l'employeur, qui devrait toujours prouver « la parfaite légitimité de l'atteinte, même minime, qu'il porte à une liberté publique » : Ph. Langlois, Rapport de synthèse, in J.-M. Verdier (dir.), L'entreprise et les libertés publiques, colloque Nanterre des 20/1-11-1981, Dr. social 82 p 433.

² Sur cet adage donnant la préférence aux libertés bafouées par rapport aux intérêts avancés : R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Francfort-sur-le-Main, 1986, p 117. Ce principe est utilisé par la Cour constitutionnelle allemande (v. sur ce point W. Peukert, Les libertés individuelles face à la liberté de la presse, in La protection de la personne face aux médias, Colloque Cour de cassation 4-3-1994, GP 6-9-94 p 1006).

³ Elles mettent elles aussi la charge de la preuve sur celui qui entend limiter les droits fondamentaux : J.-F. Renucci, *op. cit.*, n° 36.

⁴ Aix-en-Provence, 15-2-1996, RRJ 96 p 1027 n. Ch. Atias. C'est naturellement *l'usus* du droit de propriété qui est protégé ici. On relèvera cette remarque de M. Atias : « la qualification de droits fondamentaux sera probablement promise à un bel essor ».

⁵ Dans le système européen, le justiciable doit également fournir un commencement de preuve de ce qu'il allègue, sans quoi il ne saurait se prétendre victime d'une violation d'un des droits et libertés garantis par la CEDH : M. de Salvia, Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention européenne des droits de l'homme, in Les nouveaux droits de l'homme en Europe, XIe Congrès U.A.E. des 29/30/31-5-1997, Bruylant Bruxelles, 1999, p 253.

⁶ Sur ce cas de figure : CJCE 27-10-1993, Enderby, Rec. p 5535. Cf. en particulier la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations à raison du sexe. Le droit interne va dans le même sens : Soc. 26-4-2000, n° 1791 P (il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement) ; également Soc. 4-7-2000, Dr. social 2000 p 919 obs. J. Mouly. Surtout, v. l'art. L. 122-45, al. 4, issu de la loi du 16 novembre 2001, précitée.

⁷ CJCE 13-5-1986, Bilka-Kaufhaus, point 31, Rec. p 1607 ; 30-3-2000, D. 2000 IR p 125. Egalement la directive communautaire citée note précédente. En droit interne, en matière syndicale, cf. Soc. 26-4-2000, précité. Pour la formulation expresse de cette règle de preuve en cas d'atteinte à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, v. l'art. L.140-8 du Code du travail : « l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée ». Cf. surtout désormais l'art. L. 122-45, al. 4, déjà cité note précédente.

légitimité de l'atteinte : *reus in excipiendo fit actor* ¹. La manière dont se présente le contentieux peut certes rendre impossible l'application de cette règle ; c'est le cas lorsqu'une clause faisant pression sur la liberté du mariage ² du légataire est critiquée après la mort du testateur. Il incombe alors au juge d'apprécier la justification de l'atteinte grâce aux éléments qui lui sont fournis. On critiquera à cet égard une décision récente de la Cour d'appel de Poitiers.

En l'espèce, le testament indiquait : « dans le cas où lors de mon décès, mon fils unique se trouverait marié avec qui que ce soit, je lègue la nue-propriété de la quotité disponible de mes biens à la Ligue Nationale Française contre le Cancer (...) ». Très classiquement, les juges retiennent qu'il appartient à la partie demandant l'annulation du testament de rapporter la preuve que cette clause a été inspirée au testateur par des motifs répréhensibles ³. Ce raisonnement ne satisfait pourtant pas à l'égard d'une stipulation faisant produire des conséquences défavorables à la mise en œuvre d'une liberté constitutionnelle. La Cour d'appel disposait de tous les éléments pour estimer que la clause ne reposait pas sur un intérêt légitime et procédait au contraire d'une volonté discriminatoire : le testateur avait menacé publiquement « de déshériter son fils s'il épousait Mademoiselle E », en raison de la nationalité et de la religion de celle-ci...

Quand la justification de l'acte critiqué est au contraire établie, il reste à se prononcer sur les deux autres conditions de licéité. S'agissant de la nature proportionnée de l'atteinte, tout repose sur le juge, chargé d'en contrôler le caractère indispensable ⁴ et équilibré. Son pouvoir d'appréciation sera essentiel, chacune des parties tentant naturellement de l'influencer dans un sens ou dans l'autre ⁵. Lors de la vérification du respect de la substance du droit, le magistrat n'a pas non plus formellement à exiger la production de preuves ; nul doute

¹ Sur ce principe, v. par exemple J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, par J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, éd. A. Colin, 1999, n° 11.

² Sur le sujet en général : N. Coiret, *La liberté du mariage au risque des pressions matérielles*, RTDC 1985 p 63.

³ Poitiers 17-2-1998, Dr. famille 99, comm. 56, obs. B. Beignier. On aurait souhaité que la Cour ajoute : « toutefois les juges du fond sont autorisés, dans la recherche des mobiles cachés auxquels a pu obéir l'auteur d'un testament, à retenir et à apprécier les présomptions tirées des circonstances de la cause » (Trib. civ. Chambéry, 2-12-1952, Rassat, JCP 53, II, 7362, n. P. Guiho ; le jugement reprend un motif utilisé dans une décision de la Cour de cassation - Civ. 24-10-1939, JCP 39, II, 1346 -).

⁴ S'agissant d'une clause de non-concurrence, le juge est ainsi « invité à constater qu'il n'y a pas d'autres moyens, pour protéger les intérêts de l'entreprise, que celui de limiter la liberté de son cocontractant » : S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, n° 505.

⁵ Il n'y a donc fardeau de la preuve pour les parties qu'en ce qui concerne les faits sur lesquels elles souhaitent que le juge porte une appréciation de proportionnalité : D. Pinard, *Le droit et la fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés*, RRJ 1988-4, p 1069s, spéc. p 1097.

cependant qu'il forgera sa conviction au vu des arguments des parties (disparition de toute marge d'action dans l'exercice du droit selon la partie dénonçant l'acte, atteinte relativement mineure selon le stipulant traduit en justice).

Que l'illicéité soit retenue en raison d'une carence de la partie dominante dans sa tentative de justification de l'acte, ou parce que le juge considère l'acte litigieux indésirable au fond, une sanction s'impose. Une première manière de réagir consiste à corriger l'atteinte.

Section 1° : La correction.

Deux techniques vont permettre de corriger l'atteinte. Très classiquement, le juge peut indemniser la victime du préjudice subi, ce qui correspond souvent aux vœux de cette dernière (§ II). Une sanction plus subtile et plus audacieuse consiste à réduire l'atteinte litigieuse ; elle s'avère moins favorable à la victime car elle maintient dans son principe la restriction initiale de liberté (§ I).

§ I : La réduction de l'atteinte.

320- A l'instar du juge administratif qui décide parfois de recourir à la technique dite du "retrait de venin"¹, le juge judiciaire peut choisir de neutraliser une atteinte portée aux libertés. Telle une base venant diminuer l'acidité d'une solution, la correction opérée par le juge consiste ici à amoindrir le caractère attentatoire d'un acte juridique. Ce dernier est mis en conformité avec les principes supérieurs ; ainsi adapté, il peut être validé². Cette mise en conformité est susceptible de se réaliser par une réduction de l'excès viciant le contrat litigieux. On apporte ainsi une réponse aux constatations du doyen Ripert : « la convention est loi suivant l'article 1134 [du Code civil] ou n'est rien selon l'article 6 [du même code]. Ce tout ou rien n'est pas satisfaisant (...). Il faudrait pouvoir pétrir le contrat (...) »³. C'est

¹ Sur laquelle v. notamment X. Prétot, obs. sous CE 6-3-1989, AJDA 89 p 485. En revanche, pour un refus flagrant d'application de cette technique : CE 20-7-1990, Ass. familiale de l'externat Saint-Joseph, Dr. social 90 p 862 concl. M. Pochard.

² C. Béringuié, La mise en conformité de l'acte, Th. Toulouse, 1999, notamment p 13 (il faut néanmoins convenir que l'auteur ne semble pas envisager formellement l'application de cette sanction dans le domaine des droits fondamentaux). On peut sans doute également parler de régularisation, c'est-à-dire de validation objective de l'acte (v. C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDC 1997 p 357s, spéc. n° 7).

³ G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. II, Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1937), p 353.

principalement M. Simler qui a défendu ce type de sanction : chaque fois qu'une stipulation n'est viciée que du point de vue quantitatif, cet excès doit seul disparaître, « puisque la clause, dans son principe, n'est pas viciée »¹. On comprendrait ainsi volontiers que le juge s'autorise à réduire, dans les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées, les stipulations subordonnant les visites au respect d'horaires excessivement réduits : la sécurité et la tranquillité des autres pensionnaires justifient certainement une atteinte *proportionnée* à l'intimité et à la vie personnelle des occupants².

321- L'objection classique à cette forme de réponse consiste à se demander si le juge reste bien dans son rôle en réduisant un acte attentatoire aux droits fondamentaux, dès lors qu'il ne possède pas en principe un tel pouvoir modérateur, un tel pouvoir de « reformater »³ les contrats. Si incontestablement « il y a quelque chose de choquant et d'arbitraire à annuler intégralement ce qui est seulement excessif »⁴, ne peut-on pas en effet rétorquer qu'il semble tout aussi choquant et arbitraire (au sens historique du mot) d'accorder un tel pouvoir de refonte aux magistrats ? Car il s'agit bien de cela. Lorsque le juge réduit le quantum excessif d'une stipulation, il ne se contente pas d'annuler celle-ci partiellement⁵, il s'autorise en outre une réformation de l'acte : en plus d'une gomme, il utilise un crayon. Il modifie positivement un acte juridique privé⁶. Soucieux de cette objection, M. Simler avait pu réserver la technique de la réduction judiciaire aux cas où il apparaît que les parties auraient de toute façon conclu l'acte ainsi modifié. Or dans la majorité des cas, le stipulant aura délibérément prévu une stipulation trop lourdement attentatoire aux droits fondamentaux ; un acte mesuré à cet égard

¹ Ph. Simler, Les clauses d'inaliénabilité, D. 1971, L, 416-1. Cf. également la thèse de l'auteur, citée *infra*.

² Ce type de stipulation a été stigmatisé par la Commission des clauses abusives (Recommandation 85-03, BOCC 9-11-1985).

³ Selon l'expression de Ph. Richard, Les clauses de non-concurrence, Travail et Protection sociale, Hors-série 3/1999, p 32s, spéc. p 36.

⁴ Ph. Simler, *op. cit., loc. cit.* Ce serait combattre un excès par un autre : R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. social 98, p 534s, spéc. p 538.

⁵ Pour Ph. Simler (La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n° 220), puisque les juges ont incontestablement le pouvoir d'annuler intégralement un acte, « ils doivent à plus forte raison pouvoir ne le faire que partiellement ».

⁶ Cette modification méconnaît cependant moins gravement la volonté des parties que l'anéantissement total de l'acte concerné. La faculté pour le juge de procéder à un tel aménagement des modalités de la stipulation est en ce sens défendue s'agissant des clauses d'arbitrage : A. Mourre, Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention EDH, GP 1-12-2000 p 16s, spéc. p 26s.

ne répond absolument pas à ses attentes. Tout cela explique sans doute que le juge reste assez timide dans ses initiatives de réductions ¹.

322- Dans notre domaine, la matière des clauses de non-concurrence constitue le cas d'application le plus topique. En 1998, la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi approuvé une Cour d'appel d'avoir décidé de réduire le champ d'application d'une telle clause aux seuls départements dans lesquels un ingénieur technico-commercial avait exercé effectivement ses fonctions ². L'espèce se prêtait sans doute à un tel "toiletage" car hormis cette étendue géographique trop large (comprenant l'ensemble du territoire national), la stipulation offrait certaines garanties : limitation à une période de deux ans et, surtout, versement d'une contrepartie financière. Il faut enfin remarquer que dans cette affaire, c'est l'employeur qui contestait la réduction judiciaire, afin que l'ancien salarié soit condamné à verser des dommages-intérêts pour violation de l'engagement de non-concurrence ; la réduction s'avère ainsi favorable à la victime de l'atteinte à la liberté du travail.

Dans une décision du même jour, la chambre sociale a toléré qu'une Cour d'appel réduise la durée d'application d'une clause de non-concurrence de dix à deux ans, « dans des conditions permettant à l'intéressée d'exercer une activité conforme à la formation qu'elle avait reçue »³. Ici, la réduction s'avère défavorable à l'employée (qui critiquait la validité même de la stipulation) mais le cas d'espèce n'appelait sans doute guère de clémence envers la salariée qui, formée au toiletage des animaux et tenue de ne pas développer après la cessation du contrat une activité concurrentielle dans un rayon de 50 kilomètres autour de Montluçon, s'était néanmoins installée à son compte dans la ville même.

Ces deux espèces ne peuvent qu'encourager les juges du fond à pratiquer la réduction et l'on est à cet égard bien loin d'une décision de 1970 par laquelle la chambre sociale avait dû casser une décision de juges du fond réservés ayant retenu qu'ils ne pouvaient substituer à la convention conclue par les parties « une disposition qui leur paraîtrait plus logique ou plus équitable »⁴.

Un auteur a souligné une faille importante dans la méthode de la réduction, liée au fait que son efficacité pouvait très bien n'être que temporaire. L'exemple choisi s'avère

¹ Plus généralement sur cette modération judiciaire : D. Mazeaud, La réduction des obligations contractuelles, *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, colloque Chambéry du 28-11-1997, Dr. et patrimoine 3/98 p 58s, spéc. p 63.

² Soc. 25-3-1998, Nordson, Bull. civ. V n° 174 ; D. 99, SC p 107 obs. Y. Serra ; Dr. social 98 p 545, en marge de R. Vatinet, art. précité.

³ Soc. 25-3-1998, Batier, Bull. civ. V n° 176 ; Dr. social 98 p 544, en marge de R. Vatinet, art. précité.

⁴ Soc. 4-3-1970, Bull. civ. V n° 155. Il faut dire que la jurisprudence plus ancienne de la chambre sociale cassait les arrêts qui ordonnaient la réduction de la durée de l'interdiction : Soc. 10-4-1945, GP 45, 1, 204.

particulièrement éclairant ¹. Soit une clause de non-concurrence étendue à tout le territoire dont le juge prend le parti de réduire le champ d'application à la région parisienne. Si l'un des principaux clients de l'ancien employeur déménage à Lille, où la clause ne vaut plus, le salarié pourra s'y installer et concurrencer le malheureux patron. Faudra-t-il à nouveau réécrire la clause? Pour éviter dans la mesure du possible la survenance d'un tel scénario, l'auteur propose de manière générale que le juge cesse de raisonner en termes de validité de la clause, ou en tous cas pas avant de s'être demandé si la stipulation a été invoquée sans abus, « conformément à sa fonction concrète »². D'un point de vue formel, cette argumentation peut paraître déconcertante puisqu'elle revient semble-t-il à apprécier la mise en œuvre d'une clause avant même de se prononcer sur sa licéité. Si l'objectif de l'auteur est de paralyser, par une « neutralisation ponctuelle », l'invocation illégitime d'une clause de non-concurrence, afin que celle-ci ne joue qu'en cas de risque concurrentiel effectif ³, la première étape du contrôle de l'atteinte à la liberté du travail nous semble avoir déjà joué ce rôle (exigence d'un intérêt réel).

De manière plus traditionnelle, le juge peut retenir la responsabilité civile de celui qui est à l'origine de l'atteinte aux droits fondamentaux. Par ce biais, il s'agit de réparer le préjudice subi par la victime de l'atteinte.

§ II : La réparation du préjudice.

323- A l'évidence, une atteinte aux droits fondamentaux est potentiellement source de préjudice pour la victime de cette atteinte. Que l'on utilise l'action classique en responsabilité civile ou un texte spécial garantissant le respect du droit considéré ⁴, la démarche est facilitée, dès lors que l'atteinte constitue la faute et que le préjudice, au moins moral, découle du non-

¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 710.

² Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 707. Dans un domaine voisin, la Cour de cassation a fait un usage remarqué de l'abus de droit (Soc. 18-5-1999, Dr. social 99 p 734 obs. B. Gauriau ; JCP 2000, éd. E, p 40 n. C. Puigelier ; RTDC 2000 p 326 obs. J. Mestre et B. Fages ; TPS 99, comm. 261, obs. P.-Y. Verkindt) : un employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, fait un usage abusif d'une clause de mobilité en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés. On relèvera cependant que les juges n'ont pas formellement envisagé le litige sous l'angle des droits fondamentaux.

³ Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 705s.

⁴ Comme l'article 9 du Code civil pour le droit au respect de la vie privée.

respect du droit ¹. Les cas de discrimination ² et de violation des droits de la défense ³ retiendront ici notre attention.

Lorsqu'un délégué syndical se voit octroyer une rémunération moindre par rapport aux autres salariés, il peut espérer l'attribution de dommages-intérêts pour réparer cette inégalité de traitement ⁴, constitutive en outre d'une forme d'atteinte à sa liberté d'action syndicale. La discrimination est pareillement patente lorsqu'une personne est "mise à la retraite" en raison certes de son âge mais surtout de son sexe. Dans une affaire jugée en 1996 par la Cour d'appel de Paris, le contrat de travail d'une danseuse de l'Opéra de Paris est résilié, au motif que celle-ci a atteint l'âge de 40 ans, accordant l'ouverture des droits à pension prévus pour le personnel féminin de la danse. Or l'âge conventionnel d'ouverture des droits à la retraite pour le personnel masculin est quant à lui de 45 ans. La discrimination ne fait aucun doute, alors surtout que l'employeur ne développe aucun argument sérieux pour démontrer que la cessation des relations est justifiée par la nature des fonctions ou l'inaptitude de l'intéressée ⁵.

L'avocat général ne manque pas d'invoquer la jurisprudence *Marshall* de la Cour de justice des Communautés européennes : le licenciement d'une femme au seul motif qu'elle a atteint l'âge auquel elle a droit à une pension d'Etat, et qui est différent pour les hommes et les femmes, constitue une discrimination fondée sur le sexe interdite par la directive du 9 février 1976 relative à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'emploi et les conditions de

¹ En ce sens, à propos des droits de la personnalité (mais tout à fait transposable à notre matière) : G. Goubeaux, *Les personnes*, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1989, n° 275. Au visa de l'article 9 du Code civil, la Cour de cassation a en outre exonéré une victime de la preuve du lien de causalité : Civ. 1°, 5-11-1996, D. 97 p 403 n. S. Laulom, *ibid.* SC p 289 obs. P. Jourdain, RTDC 97 p 632 obs. J. Hauser.

² Cf. notamment B. Teyssié, *Hommes/femmes : égalité, discrimination, sanction, Travail et protection sociale* 10/1999, p 3, énonçant que l'atteinte au principe d'égalité « ouvre la voie au jeu de techniques indemnitaires » et que la discrimination constitue en soi une faute justifiant l'engagement de la responsabilité de son auteur (CJCE 22-4-1997, aff. C-180/95, Rec. p 2195).

³ On rappelle que le respect des droits de la défense constitue notamment un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC 2-12-1976, Prévention des accidents du travail, RDP 78 p 817 n. L. Favoreu), et que ce principe ne s'applique pas qu'en matière pénale (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 13° éd. 1999, n° 78).

⁴ Pour un exemple : Soc. 15-12-1998, S.A. Aubin, D. 99, IR p 30. La doctrine a souligné l'efficacité de cette indemnisation en cas d'atteinte à l'égalité de traitement subie par un salarié syndicaliste, et singulièrement lorsque ce dernier agit une fois le contrat de travail rompu : J. Mouly, obs. sous Soc. 4-7-2000, Dr. social 2000 p 919.

⁵ Paris 26-9-1996, GP 97 p 21, concl. Ph. Bonnet. L'arrêt rejetant le pourvoi formé contre cette décision (Soc. 15-6-1999, Bull. soc. V, n° 284) refusera d'ailleurs que soit tenu compte de considérations d'ordre artistique ou physique, car les dérogations à l'égalité de traitement permises par la directive du 9 février 1976 ne s'appliquent qu'à l'accès à l'emploi, et non à ses conditions d'exercice lorsque cet emploi est indistinctement accessible aux hommes et aux femmes. Ne peut donc pas jouer l'argument selon lequel il s'agit d'un « métier exigeant notamment des qualités de souplesse et d'endurance qui diminuent avec l'âge, sans même parler des qualités plastiques que la clientèle peut attendre de ceux qui donnent leur corps en spectacle » (J. Savatier, n. sous Soc. 6-12-1995, Dr. social 96 p 359, à propos d'un danseur des Folies-Bergères).

travail ¹. Les juges parisiens fondent formellement leur décision sur une disposition supralégislative de droit interne, le préambule de la Constitution de 1946 ². L'employeur est condamné à verser des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que des dommages-intérêts pour réparer le préjudice moral subi du fait de la discrimination.

324- La violation des droits du salarié n'émane pas toujours de l'employeur... elle peut être le fait du syndicat auquel ce salarié appartient. Par exemple, si l'assemblée générale de l'organisation prononce, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, la radiation d'un de ses membres, sans respecter les droits de la défense, cette personne aura droit à des dommages-intérêts ³.

La violation des droits de la défense frappe parfois avant même l'âge adulte. C'est le cas lorsqu'en application des modalités du règlement intérieur d'un établissement scolaire d'enseignement privé, un élève suspecté d'avoir vendu de la drogue au sein de l'institution fait l'objet d'une exclusion immédiate sans avoir été entendu. Dans une telle hypothèse, le Tribunal de grande instance de Saintes a jugé l'exclusion abusive, l'élève n'ayant pu faire valoir ses explications et moyens de défense, en violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁴. L'élève a été indemnisé pour préjudice moral.

En droit des sociétés, la révocation d'un dirigeant sans qu'il ait été mis à même de présenter ses observations, est également sanctionnée le plus souvent par le versement de dommages-intérêts au dirigeant victime de la violation de ses droits de la défense. Dans un arrêt de 1974, la chambre commerciale voit un *abus* caractérisé dans la révocation d'un administrateur, dont l'attitude « ne mettait pas en péril le sort de la société et ne requérait pas d'urgence une telle mesure, prise de manière brutale et *sans possibilité de défense* »⁵. L'administrateur obtient une indemnisation ⁶.

¹ CJCE 29-2-1986, Marshall (I), Rec. p 723 ; 2-8-1993, Marshall (II), Rec. p 4367 concl. W. Van Gerven. La directive est publiée au J.O.C.E., L 39, du 12-2-76, p 40.

² L'arrêt n'indique pas plus précisément la disposition visée. On peut opter pour le premier PPNT énoncé par le Préambule : « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Le troisième PPNT interdit certes les discriminations mais ne vise que celles pratiquées en raison des origines, opinions et croyances, éléments qui ne concernent ni le sexe ni l'âge. Depuis peu (loi du 16 novembre 2001, précitée), l'article L. 122-45 du Code du travail interdit les discriminations en raison de l'âge, sous les réserves du nouvel article L. 122-45-3.

³ En ce sens : Soc. 16-12-1976, Bull. civ. V n° 690.

⁴ TGI Saintes, 30-4-1991, Roy c/ Institut Notre Dame de Recouvrance, Juris-Data n° 051774 (l'affaire ne dit pas si l'élève Roy a un lien de parenté avec la dame Roy du célèbre arrêt de l'Assemblée plénière – *supra* n° 223).

⁵ Com. 6-5-1974, Bull. civ. IV n° 144 ; JCP 74, II, 17859 n. J.-J. Burst ; Rev. sociétés 74 p 524 n. Ph. Merle.

⁶ La révocation est en outre annulée, mais cela tient au fait que la loi du 24 juillet 1966 n'étant pas applicable à l'espèce, la révocation aurait dû être inscrite à l'ordre du jour. Faute de justification par un incident de séance (sur cette théorie, cf. *supra* n° 209), cette irrégularité ne pouvait qu'entraîner l'annulation de la révocation.

Vingt ans plus tard, la Cour de cassation rappelle que cette solution perdure malgré l'application de la loi du 24 juillet 1966 et du principe de la révocabilité *ad nutum*¹. Elle indique dans un arrêt du 26 avril 1994 qu'est *irrégulière* la révocation d'un dirigeant de société anonyme intervenue sans qu'il ait été mis en mesure de présenter préalablement ses observations, consacrant ainsi un véritable droit à se faire entendre par le Conseil d'administration avant que celui-ci ne se prononce sur la révocation². Le terme de décision « irrégulière » paraît certes autoriser l'annulation de celle-ci, mais une telle sanction n'aurait que peu d'intérêt pour la victime de l'atteinte aux droits de la défense, car il suffirait à la société de procéder à une nouvelle délibération cette fois exempte de critiques pour prononcer la révocation³. C'est la raison pour laquelle le dirigeant préfère en pratique demander qu'une indemnisation financière vienne sanctionner les conditions à l'évidence abusives de son éviction. La jurisprudence facilite son action, en considérant que l'abus envisagé « est en soi générateur de préjudice en ce qu'il provoque la perte subite d'une situation »⁴.

L'ensemble de cette analyse est confirmée par la jurisprudence postérieure. La chambre commerciale retient en 1996 que la révocation d'un dirigeant est « abusive (...) si elle a été édictée brutalement sans respecter le principe de la contradiction »⁵. Dans cette dernière espèce, il n'y avait cependant aucun abus, donc pas d'indemnisation de l'atteinte.

Dans les hypothèses précédentes, et singulièrement la dernière, la manière la plus efficace et la plus appropriée de sanctionner un acte juridique ayant brisé la précellence des droits fondamentaux ne consistait pas à l'annuler. Le principe demeure néanmoins que cette mise à néant constitue une réaction édifiante pour rendre leur dignité aux libertés bafouées.

¹ Sur la correction du principe de la révocabilité *ad nutum* par le nécessaire respect du principe du contradictoire, cf. *supra* n° 31. Il faut préciser que la jurisprudence citée est antérieure à la **loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques**, dont l'art. 107 subordonne désormais à de justes motifs la révocation du directeur général et des directeurs généraux délégués (à défaut, elle peut donner lieu à dommages-intérêts : art. L. 122-55 du Code de commerce).

² Com. 26-4-1994, Pesnelle, JCP 94, 3795 n° 8 obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, JCP 95, II, 22369 n. D. Gibirila, BJ 94 p 831 n. P. Le Cannu, Rép. Def. 94 p 1029 obs. J. Honorat, Rev. des sociétés 94 p 725 n. D. Cohen, RTDCom 94 p 736 obs. B. Petit et Y. Reinhard, RF compt. 94 n° 259 p 38 n. Ph. Reigné.

³ En ce sens : Ph. Reigné, n. précitée.

⁴ Paris 7-7-1988, RF compt. 12/88 p 82 n. Ph. Reigné.

⁵ Com. 3-1-1996, Bull. Joly 96 p 388 n. B. Saintourens ; JCP 96, I, 3980, n° 13, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *ibid.* II, 22658 n. D. Gibirila ; RTDCom 96 p 485 obs. B. Petit et Y. Reinhard. Dans un arrêt postérieur (Com. 24-1-1998, Quentin, Bull. Joly 98 p 527 n. C. Prieto ; JCP éd. E, 98, p 1305 obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Dr. des sociétés 6-98 n° 9 n. D. Vidal), la Cour de cassation réitère son "chapeau" de 1996, mais indique dans le conclusif de la décision que la révocation litigieuse était ... irrégulière.

Section 2° : L'annulation.

325- Un « châtement exemplaire »¹ des actes juridiques lésant les droits fondamentaux, telle pourrait être la devise bien compréhensible en la matière. La tolérance n'est pas de mise à l'égard des atteintes ayant succombé au contrôle auquel elles doivent être soumises. Faut-il pour autant abandonner toute mesure ? Lorsque, parmi un ensemble de clauses, une seule heurte le bloc de fundamentalité, ce vice doit-il infecter l'acte tout entier ? Cette question ne soulève en réalité aucune spécificité particulière et les principes classiques vont donc s'appliquer à la matière.

326- La loi peut d'abord résoudre l'interrogation en réputant non écrite telle ou telle stipulation annihilant² des droits fondamentaux. C'est le cas, aux termes de l'article 4, j), de la loi du 6 juillet 1989, de toute clause interdisant au locataire l'exercice d'une activité politique, syndicale, associative ou confessionnelle. On fait comme si le contrat de bail ne comprenait pas une telle disposition. L'avantage est que cette fiction « est une bombe "propre" qui laisse intacte la convention »³. Dans l'hypothèse envisagée, le juge doit en principe se conformer à la prescription législative, même si la clause possédait un caractère déterminant⁴.

A défaut de loi spéciale, le juge examinera au contraire si la clause illicite « a été la cause impulsive et déterminante » de l'acte⁵. En cas de réponse positive, la nullité affectera la totalité de l'acte considéré. On a néanmoins fait remarquer que, dans certains domaines en tous cas, cette hypothèse demeurerait exceptionnelle⁶. Le plus souvent, la stipulation litigieuse est purement accessoire, en sorte que l'économie de l'acte principal ne souffre point de son éviction. Une telle configuration permet par exemple d'approuver un jugement du Tribunal de

¹ Expression utilisée par Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public* (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.), éd. Matot-Braine, 1953, n° 395. La garantie des libertés suppose des sanctions à la mesure de la règle : J.-M. Verdier, *Libertés et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge*, D. 1988 chron. p 63s, spéc p 67.

² Le « mécanisme du "réputé non écrit" » trouve des conditions optimales d'application lorsque l'illicéité d'une clause est évidente (R. Baillod, *A propos des clauses réputées non écrites*, in *Mélanges L. Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p 16s, spéc. p 23), ce qui est particulièrement le cas en présence d'une atteinte substantielle infligée à un droit fondamental.

³ J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, chron. p 59.

⁴ Cf. G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, n° 477s.

⁵ Req. 3-6-1863, Martal, DP 63, 1, 429 ; S. 64, 1, 269.

⁶ A. Huet, *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques*, RTDC 1967 p 45s, spéc. n° 27. Egalement : N. Coiret, art. précité, spéc. n° 17.

commerce de Paris qui répute non écrite la disposition du règlement intérieur d'une société à capital variable (régie par la loi du 24 juillet 1867) prévoyant que la décision d'exclusion d'un associé devait être prise hors la présence de l'intéressé¹. La violation des droits de la défense pouvait être efficacement sanctionnée, sans toucher aux autres dispositions du règlement intérieur.

La nullité des actes juridiques² attentatoires aux droits fondamentaux constitue une sanction exemplaire et bénéficie à cet égard de nombreux soutiens (§ I). La controverse surgit cependant lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la nature de cette sanction (§ II).

§ I : Une sanction exemplaire.

327- La doctrine et la jurisprudence optent très clairement en faveur de la nullité pour sanctionner les actes juridiques privés empiétant illégalement sur les droits fondamentaux.

Déjà sous l'empire de la Constitution de 1946, la doctrine civiliste enseignait que la violation par un particulier de la Déclaration des droits de l'homme ou des PPNT pourrait servir de fondement à une action en nullité de l'acte juridique³. A l'époque, les auteurs pouvaient mettre en avant la décision *Dame Burdy*, qui avait annulé une condition discriminatoire et raciste insérée dans un testament, rédigé au mépris du Préambule de la Constitution de 1946⁴. La doctrine contemporaine défend toujours cette conception : les droits de rang constitutionnel doivent être respectés à peine de nullité du contrat ou plus largement de l'acte juridique considéré⁵. Cette règle mérite d'être étendue aux droits fondamentaux d'assise conventionnelle (d'ailleurs souvent équivalents), dès lors que les

¹ T. com. Paris, 22-2-1993, RJDA 6/93 n° 521. Sur le droit d'être entendu, droit fondamental de l'actionnaire soumis à une procédure d'exclusion, cf. J.-J. Daigre, La perte de la qualité d'actionnaire, Rev. des sociétés 1999 p 536s, spéc. p 548. Egalement A. Couret, L'abus et le droit des sociétés, Dr. et patrimoine 2000, n° 83, p 66, qui souligne l'exigence de comparution de l'intéressé et d'un débat contradictoire.

² Le champ d'application de l'étude trouve ici un sens évident car bien sûr, il n'est pas possible d'annuler un *fait* juridique (attentatoire ou non aux droits fondamentaux). Sur cette idée : G. Durry, Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, in Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Turin, 4/7 juin 1962, Dalloz, 1965, p 611 ; L. Bach, Droit civil, t. 1, Sirey, 13^e éd. 1999, p 86.

³ A. Colin et H. Capitant, par L. Julliot de la Morandière, Traité de Droit civil, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et Famille, éd. Dalloz, 1957, n° 590.

⁴ Trib. civ. Seine, 22-1-1947, D. 47 p 126 ; GP 47, I, p 67 ; RTDC 47 p 213 obs. R. Savatier. Cf. également Cl. Franck, Droit Constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence, PUF, 1978, p 16. Déjà mentionné *supra* n° 81.

⁵ V. respectivement M. Frangi, Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques, PUAM Economica, 1992, n° 180 ; I. Meyrat, Droits fondamentaux et droit du travail, Th. Paris X, 1998, p 349 : dès lors que l'exercice des droits fondamentaux [d'assise constitutionnelle] est menacé, « la nullité de l'acte juridique reste la sanction la plus adéquate ». Cf. également N. Jacquinet, Ordre public et Constitution, Th. Aix-en-Provence, 2000, n° 151 et 494 ; I. Vacarie, La renonciation du salarié, Dr. social 1990 p 757s, spéc. p 766.

normes dont ces derniers sont issus occupent, en tous cas dans l'ordre international, un rang supraconstitutionnel ¹.

328- Il est ainsi globalement admis qu'en cas d'atteintes aux libertés fondamentales, la violation des principes supérieurs de notre droit justifie « par elle-même » la nullité ², qui doit ainsi être considérée comme « la voie royale »³. Le Tribunal constitutionnel espagnol estime « évident » que les stipulations contractuelles incompatibles avec le respect des droits fondamentaux doivent être tenues pour nulles ⁴. L'affirmation est-elle à approuver quel que soit le vice entachant l'acte juridique ?

Le doute n'est pas permis en principe lorsque l'acte envisagé est dépourvu de toute justification. La jurisprudence se prononce par exemple pour la nullité d'une clause de non-concurrence imposée à un salarié n'ayant pas accès à des informations susceptibles de constituer un trouble pour son ancien employeur ⁵. L'annulation peut encore moins être contestée lorsqu'un acte juridique prétend infliger une atteinte heurtant la substance même d'un droit fondamental. S'agissant toujours de la liberté du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve les juridictions du fond qui annulent les clauses de non-concurrence empêchant concrètement aux salariés d'exercer toute activité dans leur domaine de compétence ⁶.

329- Reste alors le cas de l'atteinte simplement disproportionnée. Convient-il elle aussi de la réduire à néant ? On a eu plus haut l'occasion de défendre dans une telle hypothèse la

¹ Cette position tient à ce que la responsabilité de la France peut être recherchée sur le plan international « du fait de l'insertion dans la Constitution d'une disposition qui serait considérée comme non conforme aux conventions internationales portant des droits fondamentaux » : Ch. Maugué, concl. sur CE, Ass, 30-10-1998, Sarran, RFDA 98 p 1081 (l'arrêt retenait que la suprématie des engagements internationaux « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »). En faveur de la primauté du droit communautaire sur toute norme de droit interne, quelle qu'elle soit : CJCE 15-7-1964, Costa c/ ENEL, Rec. p 1141, concl. M. Lagrange. Pour une condamnation de la France à Strasbourg pour avoir appliqué une loi conforme à la Constitution mais non conforme à la CEDH : Cour EDH 28-10-1999, Zielinski c/ France, GP 21/3-5-2000, n. Ch. Pettiti.

² J.-M. Verdier, chron. précitée, spéc p 69.

³ S. Julliot, La protection des libertés individuelles des salariés en droit français, Th. Lyon III, 1991, p 93. Au contraire, l'inopposabilité constitue une voie secondaire pour ne pas dire inappropriée, dès lors qu'elle n'a pas vocation classiquement à jouer entre parties. Cf. cependant l'arrêt *Pimouguet* précité (Soc. 11-7-2000, Dr. social 2000 p 1141 obs. J. Mouly, *supra* n° 230), qui retient l'inopposabilité d'une clause d'exclusivité, mais l'annotateur critique justement la logique de cette sanction.

⁴ La juridiction motive sa décision en indiquant que le respect des droits fondamentaux est une composante essentielle de l'ordre public (cité par N. Jacquinet, *op. cit.*, n° 151).

⁵ Soc. 13-1-1999, CSBP 99 n° 109, Somm. n° 174, obs. S.D.

⁶ Soc. 28-10-1997, Bull. civ. V, n° 342, D. 98, SC p 220 obs. Y. Serra, Dr. social 98 p 78 obs. G. Couturier. Pour un précédent : Com. 17-4-1982, GP 82, 2, p 429.

voie de la réduction ¹. Force est pourtant d'admettre que certains semblent même en ce cas préconiser la nullité ².

Lorsque l'article L. 120-2 du Code du travail prohibe les restrictions infligées aux droits et libertés « qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », il ne semble certes pas formellement inviter à réserver un sort différent aux atteintes visées, selon qu'elles seraient injustifiées ou disproportionnées ³. Pour autant, contre le principe d'une nullité jouant même en cas d'atteinte excessive, on fera remarquer que le droit français ne comprend pas de disposition aussi claire que l'article 179 du Code civil hellénique, qui juge nul « comme contraire aux bonnes mœurs l'acte juridique qui entrave *démesurément* la liberté de la personne (...) »⁴. Certes, une réplique pourrait se fonder sur l'article L. 122-43, alinéa 2, de notre code du travail, qui permet *expressis verbis* au Conseil de prud'hommes d'annuler une sanction disproportionnée à la faute commise. Cette disposition ne paraît cependant pas d'application très fréquente, et en outre le terrain disciplinaire sied plutôt mal à notre matière ⁵.

En fin de compte, les hésitations quant à l'application de la nullité en cas d'atteinte disproportionnée s'expliquent sans doute par la conception plus ou moins large que l'on adopte au sujet du principe de proportionnalité. L'analyse qui ferait de ce principe l'élément central du contrôle d'une atteinte aux libertés ne pourrait que décider de le sanctionner par la nullité. Si au contraire on retient une conception plus étroite de l'exigence de proportionnalité, en considérant notamment que le caractère réel de l'intérêt qui légitime l'atteinte, participe à la justification du principe même de cette atteinte, le caractère simplement excessif de l'acte envisagé pourra sans doute se prêter à une "correction-réduction", évacuant ainsi toute idée de nullité.

330- Lorsque la violation d'un droit fondamental se traduit concrètement par un licenciement, la question se pose de savoir si le juge peut annuler ce dernier, le cas échéant

¹ *Supra* n° 320.

² Par exemple, mais assez implicitement : B. Gauriau, Mobilité et obligation de résidence du salarié, Dr. social 1996 p 1016s, spéc. p 1021. Il est certain en tous cas que la nullité s'impose lorsque l'atteinte disproportionnée est en outre substantielle ; v. s'agissant d'une clause de non-concurrence, Versailles 16 mars 2000, RJDA 1/2001 n° 33.

³ A vrai dire, il est surtout muet sur la nature de la sanction. En faveur de la nullité : B. Gauriau, art. précité. Egalement Ph. Waquet (Le pouvoir de direction et les libertés des salariés, Dr. social 2000 p 1051), à propos des clauses *supprimant* les libertés salariales.

⁴ Article cité par G. Grammatikas, Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique, LGDJ, 1971, n° 46.

⁵ Ainsi, si un licenciement peut se fonder sur les troubles suscités par l'exercice d'un droit fondamental, il ne s'agit pourtant pas d'un licenciement pour faute.

même sans texte prévoyant expressément la nullité de tout acte lésant le droit considéré. La célèbre affaire *Clavaud*, déjà mentionnée ¹, a fourni l'occasion d'un tel débat. L'article L. 122-45 prévoit certes la nullité de plein droit de tout licenciement intervenu en raison par exemple des opinions politiques ou des activités syndicales, mais parmi la liste des fondements interdits, ne figure pas l'exercice de la liberté d'expression, qui avait motivé le licenciement litigieux. Le Conseil de prud'hommes de Montluçon ne se formalise pas de cette carence de la législation travailliste et sollicite les règles du droit civil : l'acte de licenciement a une cause illicite au sens de l'article 1131 du Code civil, et doit donc être déclaré nul ². Ce fondement somme toute classique avait déjà été préconisé par M. Couturier ³, au nom de la soumission des actes juridiques unilatéraux aux mêmes conditions de validité que les conventions ⁴. Dès 1909, Japiot laissait d'ailleurs entendre que lorsqu'un licenciement portait atteinte à des principes d'ordre public, sa nullité s'en trouvait directement justifiée ⁵.

La Cour d'appel de Riom rejette cette construction et s'arc-boute sur le principe « pas de nullité sans texte » ⁶. La Cour de cassation esquive manifestement le débat, et seule une interprétation constructive de sa décision permet d'affirmer qu'elle a frappé de nullité la violation d'une liberté constitutionnelle réalisée par un licenciement ⁷, solution qui était ardemment défendue par l'avocat général Ecoutin ⁸ et qui constitue désormais un acquis théorique incontesté ⁹, quel que soit le droit fondamental illicitement lésé ¹⁰.

¹ Soc. 28-4-1988, *cf. supra* n° 83.

² C. Prud. Montluçon, 24-11-1986, Dr. ouvrier 87 p 1, n. M. Henry.

³ G. Couturier, Les nullités du licenciement, Dr. social 1977 p 215s, spéc. p 227.

⁴ Sur ce point : J. Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatéral, essai sur la notion et sa technique en droit civil, Sirey, 1952, n° 238.

⁵ R. Japiot, Des nullités en matière d'actes juridiques, Th. Dijon, 1909, p 222 et 232.

⁶ Riom 2-3-1987, D. 87 p 427 n. E. Wagner, Dr. ouvrier 87 p 97 n. G. Lyon-Caen. Si les juges confirment l'annulation, c'est parce qu'il leur semble que la protection offerte à la liberté d'expression *dans* l'entreprise (article L. 461-1 du Code du travail), doit être étendue aux propos tenus *hors* de l'entreprise.

⁷ Pour une telle analyse : G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992, n° 175.

⁸ H. Ecoutin, concl. sur Soc. 28-4-1988, Dr. Soc. 88 p 428, qui énonce que doivent être sanctionnées par une nullité les atteintes aux « droits du citoyen garantis par la Constitution ».

⁹ *Cf.* B. Teyssié, Droit du travail, t. 1, Relations individuelles de travail, Litec, 2° éd. 1992, n° 1253 : « l'atteinte portée à des libertés qui participent de la norme constitutionnelle, trouve sa sanction naturelle dans la nullité de l'acte contraire à celle-ci ». En pratique, force est de reconnaître que la nullité est rarement prononcée (V. de manière symptomatique Soc. 5-5-1993, Dr. social 93 p 600 ; 28-4-1994, Dr. social 94 p 703), car la voie indemnitaire offre plus de garanties qu'une réintégration toujours source de tensions.

¹⁰ Globalement, « un licenciement attentatoire à un droit fondamental (...) ne peut qu'être nul » : M. Bonnechère, La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social, Dr. ouvrier 6/1998

331- Lorsqu'un contrat heurte le bloc des libertés sans reposer sur la satisfaction d'un intérêt légitime, sa nullité peut se fonder sur sa cause illicite. On citera l'exemple d'une affaire d'autant plus lamentable qu'elle est sans aucun doute banale, jugée par la Cour de Paris en 1972. En l'espèce, une dame Thorel avait révélé des faits d'ordre intime à l'hebdomadaire *Ici Paris*, qui les avaient publiés sous le titre qui se passe de commentaires « Une stupéfiante histoire ! les 3 changements de sexe de Nicole ». En contrepartie de cette divulgation de tels éléments de sa vie privée, la personne avait reçu un chèque de 250 F mais prétendait qu'il lui en avait été promis cent fois plus. Les juges soulignent le caractère immoral de la convention, et ce d'autant plus que l'utilisation des faits relatifs à la sexualité de la dame répondait au but lucratif de l'entreprise de presse soucieuse de satisfaire une clientèle « friande de récits scabreux ». La Cour juge que l'obligation contractuelle de paiement repose sur une cause illicite et met en exergue la nullité absolue du contrat litigieux ¹. S'il est entendu que la sanction de principe de l'illicéité ou de l'immoralité de la cause consiste dans la nullité absolue ², les choses ne sont cependant pas toujours aussi simples pour déterminer la nature de la nullité d'une atteinte aux droits fondamentaux.

§ II : Une nature controversée.

332- Il est classique d'affirmer que se prononcer sur la nature d'une nullité ne consiste pas à rechercher si l'acte litigieux est plus ou moins gravement entaché d'illégalité ³. Il convient au contraire d'étudier l'esprit qui anime la règle de nullité. A cet égard, le système de la nullité absolue renvoie assurément et à titre principal à une logique de sanction de tout ce qui heurte les fondements de notre société : c'est l'intérêt général qu'il s'agit de protéger (**A-**) ; la nullité relative obéit davantage ⁴ à une finalité de protection du particulier lésé dans ses libertés (**B-**).

p 249s, spéc. p 255 ; dans le même sens, M.-C. Amauger-Lattes, La faute du salarié, D. 2001 chron. p 2698. On considère que la référence directe à la source supérieure (notamment constitutionnelle) du droit considéré doit permettre de s'émanciper des cadres légaux dont les insuffisances auront éventuellement été constatées : I. Meyrat, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹ Paris 21-1-1972, GP 72 p 375, RTDC 72 p 589 obs. R. Nerson.

² V. notamment Ph. Simler, Cause, Notion. Preuve. Sanctions, Juris-Classeur civil, art. 1131 à 1133, fasc. 10, 1994, n° 78. Egalement J. Maury, Rép. civil, V° Cause, 1970, n° 252 : un acte juridique dont la cause est illicite ou immorale est nul de nullité absolue.

³ G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. II, Obligations et droits réels, LGDJ, 1957, n° 704.

⁴ La nullité relative poursuit elle aussi un but d'intérêt général dès lors qu'elle vise, à l'instar de la nullité absolue, au rétablissement de la légalité transgressée : v. sur ce point C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992, n° 378.

A- La nullité absolue, protectrice de l'intérêt général.

333- La nullité absolue constitue la sanction par excellence des atteintes portées à l'ordre public. On parle même parfois de nullité d'ordre public, pour « bien marquer le caractère essentiel et fondamental de la règle que les contractants ont violée »¹. Il faut souligner en l'occurrence que l'occasion a déjà été donnée de mettre en évidence le rattachement des droits fondamentaux à l'ordre public². Principalement énoncés dans les chartes de nos sociétés politiques (Constitutions, traités relatifs aux droits de l'homme), les droits fondamentaux appartiennent naturellement à l'ordre public politique, celui qui tend à ce que ne soient pas ébranlées « les colonnes de la cité »³ (notamment l'Etat et l'individu). Comment ne pourraient-ils pas appartenir à cet « ordre public supérieur, celui qui vise des droits et des valeurs reconnus comme fondamentaux dans notre système juridique »⁴? Ce rattachement commande la nature de la nullité sanctionnant la violation des libertés ; elle ne saurait qu'être absolue⁵.

L'application de ces principes dans le cas d'atteintes infligées à des droits fondamentaux garantis par la Constitution participe à l'idée selon laquelle **l'intérêt général est intéressé** chaque fois qu'une disposition constitutionnelle est bafouée dans un acte juridique privé⁶. L'observation vaut aussi s'agissant de la violation des droits fondamentaux européens ; un auteur a ainsi pu défendre la possibilité pour le Ministère public d'invoquer l'article 3 de la CEDH (prohibant les traitements dégradants) afin de demander la nullité

¹ G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, n° 706. Sur le sujet : P. Kayser, Les nullités d'ordre public, RTDC 1933 p 1115.

² Il s'agissait alors d'examiner si l'on pouvait résoudre une fois pour toutes et par le biais de ce rattachement, l'opposition entre un acte juridique privé et le bloc de fondamentalité (*cf. supra* n° 110s).

³ Selon l'expression de J. Carbonnier (Droit civil, t. 4, Les obligations, Puf, 21^e éd. 1998, n° 70). *Cf.* également R. Poroy, L'avenir du droit : optimisme malgré tout, *in* Mélanges F. Terré, éd. Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p 819s, spéc. p 826 : lorsqu'il s'agit de protéger l'ordre même de la société, on peut parler d'ordre public classique.

⁴ G. Couturier, Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire, Dr. ouvrier 1988 p 134.

⁵ Sur le lien entre l'ordre public politique et la nullité absolue, v. notamment J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, éd. A. Colin, 9^e éd. 2000, n° 335 ; M. Gégout, Juris-Classeur civil, art. 6, fasc. II, Ordre public et bonnes mœurs, 1979, n° 15.

⁶ Idée défendue par B. Amar-Layani, Le contrôle de constitutionnalité de l'acte juridique privé, Th. Toulouse I, 1994, n° 314. En Irlande, dans l'affaire *Society for the Protection of the Unborn Child / Open Door*, le juge Hamilton a déclaré que toute violation d'un droit constitutionnel constitue une violation de la loi fondamentale de l'Etat (cité par J. L. Murray et D. Rossa Phelan, La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Irlande, *in* La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant Bruxelles, 2000, p 487s, spéc. p 528).

absolue du contrat conclu entre une personne de petite taille et un organisateur de spectacles de "lancer de nains"¹. Cette ouverture de l'action en nullité revient à faire du droit au respect de la dignité une règle pouvant le cas échéant jouer contre l'individu², ce qui n'est sans doute pas en accord avec la volonté de certains parlementaires³. Une telle action du Parquet peut pourtant se fonder sur l'article 423 du nouveau Code de procédure civile qui lui permet d'agir pour la défense de l'ordre public lorsqu'il y est porté atteinte. Cette formule renferme un potentiel important pour la défense des droits fondamentaux bafoués si on la compare aux termes de la jurisprudence antérieure, qui n'admettait l'action du Ministère public « que dans les cas où l'ordre public est *directement et principalement intéressé*, à l'occasion de faits qui y portent une *grave* atteinte, *sans léser aucun intérêt rival* »⁴. En pratique, force est toutefois de constater que le plus souvent le Parquet « n'a ni le temps ni les moyens de contrôler la licéité des contrats »⁵, fussent-ils attentatoires aux libertés.

334- En jurisprudence, l'illustration de la nullité absolue des contrats heurtant les droits fondamentaux peut venir de certains contrats de mécénat, liant peintres et marchands de tableaux⁶. Dans une affaire jugée en 1965 par la Cour d'Aix-en-Provence, un artiste-peintre demandait l'annulation d'une telle convention qui lui infligeait un rythme de production excessif, en se prévalant de l'atteinte portée à sa liberté de création, au respect de son nom et de son œuvre. Les juges lui donnent gain de cause car ils estiment que le contrat litigieux, « dont les clauses essentielles ne respectaient pas la personnalité intellectuelle du peintre, sa liberté créatrice et son droit moral, est nul, d'une **nullité absolue**, comme contraire aux

¹ J.-P. Marguénaud, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, in Ass. H. Capitant, Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales Lille 1996, p 45s, spéc. p 61. Sur un fondement beaucoup plus classique, on fera valoir que l'indisponibilité du corps humain apparaissant comme une règle protectrice de l'intérêt général, celle-ci peut être invoquée par le Ministère public : D. Fenouillet, Respect et protection du corps humain, Juris-Classeur civil, art. 16 à 16-12, fasc. 12, 1997, n° 151. Sur les limites de l'indisponibilité du corps, v. cependant *supra* n° 124.

² B. Jorion, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, RDP 1999 p 197s, spéc. p 231.

³ V. en matière de testament de vie, mais tout à fait transposable au problème du lancer de nain, la proposition de loi enregistrée au Sénat le 13 décembre 1997 : « toute personne est seule juge de la dignité de sa vie (...) » (citée par J. Picard, Testament de vie, dispositions de dernières volontés médicales, France. Allemagne. Espagne, JCP 1998, éd. N, p 1783).

⁴ Civ. 17-12-1913, D. 1914, I, 261 n. P. Binet. Sur cette jurisprudence, v. H. Solus, La jurisprudence contemporaine et le droit du Ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public, in Etudes H. Capitant, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977, p 769.

⁵ O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999, n° 374.

⁶ Sur ces conventions, cf. *supra* n° 16.

principes d'ordre public qui régissent la propriété artistique »¹. En l'espèce, l'annulation était demandée par la victime, soucieuse de se libérer du carcan qui la tenait en servitude. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'une nullité absolue, la rigueur juridique impose en principe d'ouvrir l'action au marchand de tableaux. Une telle possibilité a pu paraître pour le moins singulière². Existe-t-il dès lors des moyens pour fermer l'action en nullité absolue à la personne considérée comme l'initiatrice de l'atteinte aux droits fondamentaux ?

335- Le réflexe qui consisterait à cet égard à faire appel à la règle *nemo auditur...* est assurément trompeur. Cet adage ne s'oppose qu'à l'action en restitution³ ; le « contractant *turpis* »⁴, celui auquel l'illicéité de l'acte est d'abord imputable⁵, conserve la possibilité d'exercer l'action en nullité⁶. On se tourne alors avec espoir vers le principe de bonne foi, et ce d'autant plus volontiers que cette dernière apparaît aujourd'hui comme une « notion vedette »⁷. Ce concept ne serait-il pas à même de permettre de refuser l'action en nullité absolue au cocontractant bénéficiaire de l'acte litigieux ? L'affirmation peut être défendue⁸. Dans les situations contractuelles déséquilibrées, il est en effet facile de voir "à qui profite l'atteinte" et donc sur qui doit tomber la foudre de l'indignité. La certitude n'est pourtant pas de mise quand les *deux* parties bénéficient de l'acte fautif, qu'elles ont en outre toutes deux et à part égale contribué à établir. Qui devrait être exclu de l'action entre, d'une part, l'entreprise de presse ou de médias sans scrupules qui veut augmenter ses ventes ou son audience par du sensationnel (c'est son métier) et, d'autre part, l'individu qui monnaie la divulgation de sa vie privée et l'offre en pâture à des millions de lecteurs, téléspectateurs ou internautes ? L'entrepreneur, qui est coutumier du fait, mérite sans doute d'avantage d'être éconduit que

¹ Aix-en-Provence 23-2-1965, D. 66 p 166 n. R. Savatier, RTDCom 65 p 849 obs. H. Desbois. Pour une jurisprudence similaire : Paris 15-11-1966, RTDC 67 p 189 obs. G. Cornu, RTDCom 67 p 152 obs. H. Desbois, GP 67, 1, 17 n. R. Sarraute.

² P. Kayser, Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit de mécénat, *in* Etudes A. Audinet, Puf, 1968, p 129.

³ Civ. 1^o, 17-7-1996, JCP 96, II, 22747 n. J. Paisant, Rép. Def. 97 p 346 obs. J.-L. Aubert.

⁴ A. Sériaux, Droit des obligations, Puf, 2^o éd. 1998, n^o 32.

⁵ Selon l'expression de G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, n^o 309.

⁶ On peut renvoyer à Civ. 1^o, 25-1-1972, D. 72 p 413, avec la note de Ph. Le Tourneau.

⁷ D. Mazeaud, Constats sur le contrat, sa vie, son droit, *in* Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, 94^e congrès des notaires de France, LPA 6-5-1998, p 8s, spéc. p 13.

⁸ V. notamment Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969, n^o 385. L'appui jurisprudentiel pourrait sans doute résider dans un jugement du Tribunal civil de Mayenne (26-11-1936, GP 37, 1, 213) : « il serait inadmissible qu'une des parties contractantes puisse imposer au cocontractant une condition dont il pourrait se réclamer pour se soustraire à ses obligations ; une telle mesure constituerait une atteinte intolérable à la bonne foi qui doit dominer toute convention ».

l'exhibitionniste aux abois, pour autant que ce dernier ne soit pas lui aussi un habitué de ce genre de pratiques.

336- Une technique voisine pour corriger les effets de la qualification de nullité absolue consiste à adopter une conception restrictive de l'intérêt légitime requis en la personne du demandeur ¹, l'objectif étant bien sûr d'entraver les possibilités d'action de la personne qui ne semble pas mériter de lancer l'offensive de la nullité. Il est ainsi tout à fait satisfaisant de retenir que l'intérêt personnel dont le demandeur se prévaut doit correspondre à l'intérêt que protège la règle d'ordre public ². La limite de cette conception est qu'elle laisse peut-être entendre que le texte d'ordre public considéré protège un intérêt privé, ce qui cohabite plutôt mal avec le postulat de départ, à savoir le caractère absolu de la nullité de l'acte. Serait-ce le signe qu'il s'agissait là d'une nullité relative ?

B- La nullité relative, protectrice de l'individu.

337- Il est manifestement impossible de passer sous silence les cas où c'est une logique de protection individuelle qui paraît s'imposer et qui, tournée vers la victime de l'atteinte, exclut que toute autre personne sinon elle puisse exercer l'action en nullité.

S'agissant ainsi de l'engagement certes plutôt désuet de travailler à perpétuité au service d'une même personne, la jurisprudence retient que la nullité ne peut être invoquée que par le salarié car la règle selon laquelle on ne peut engager ses services qu'à temps a été instituée dans son intérêt exclusif ³.

De même, lorsqu'une clause de non-concurrence s'avère illimitée, le principe est que l'employeur ne saurait faire état d'une nullité « instituée seulement pour assurer la protection et la liberté du travail des salariés »⁴. Un arrêt de 1989 repousse avec fermeté un pourvoi qui prétendait que la nullité d'une clause de non-concurrence était absolue et pouvait être invoquée par toute personne y ayant intérêt : « le salarié ne s'étant pas prévalu de la nullité éventuelle, instaurée à son seul profit, (...) l'employeur n'était pas recevable à le faire dans le

¹ G. Couturier, *op. cit., loc. cit.* Pour une formule jurisprudentielle quelque peu complexe, v. Paris 5-7-1954, D. 54 p 706 : « pour être recevable, toute action en justice doit être fondée sur un intérêt consacré par la règle objective qui confère aux particuliers les prérogatives dont ils jouissent ; (...) le demandeur en nullité doit justifier d'un tel intérêt même lorsque la nullité invoquée est la conséquence d'une règle d'ordre public ».

² Sur cette solution : P. Raynaud, cité par G. Couturier, *op. cit., loc. cit.*

³ Soc. 5-11-1984, JCP 85, II, 20510 n. N.S. En l'espèce, il ne s'agissait cependant pas d'un contrat « à vie entière » mais de l'engagement de travailler au service d'une société jusqu'à l'âge de 65 ans.

⁴ Soc. 18-12-1968, Bull. civ. V, n° 610 (cassation de l'arrêt de Cour d'appel qui avait annulé la clause).

but d'échapper aux conséquences pécuniaires de l'interdiction imposée par lui au salarié »¹. Plus récemment, la chambre sociale a confirmé cette solution à l'encontre d'un employeur invoquant l'illicéité d'une clause de non-concurrence, dont il soulignait soudainement l'absence de caractère indispensable pour la protection des intérêts de son entreprise².

338- La doctrine interprète unanimement ces principes. La nullité des atteintes envisagées tend à la protection de la liberté du salarié ; comme telle, il s'agit d'une nullité relative³. Cette analyse peut être mise en parallèle avec l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 6 novembre 1998 au sujet de l'article L. 122-14-12, alinéa 2, du Code du travail, qui prohibe les clauses prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou de son droit au bénéfice d'une pension de vieillesse. La haute formation retient que ce texte a été édicté dans un souci de protection du salarié, l'employeur étant dès lors irrecevable à s'en prévaloir⁴. La nullité instituée par l'article est relative et non absolue⁵.

339- L'inconvénient du système décrit est qu'il suppose admis à l'évidence que les principes ainsi bafoués ont trait à un ordre public de protection⁶. Sachant qu'une telle qualification ne concerne en principe que l'ordre public *économique*⁷, la faille paraît de taille ; car comment peut-on raisonnablement faire basculer les droits de l'homme, au sens noble du terme, dans cet ordre public de « seconde zone »⁸ ? Une telle dégradation est

¹ Soc. 3-5-1989, Bull. civ. V, n° 324.

² Soc. 17-7-1997, Dr. social 97 p 972, obs. Cl. Roy-Loustaunau.

³ J. Pélissier (dir.), Droit de l'emploi, Dalloz, 1999, n° 600 ; G. Couturier, obs. sous Soc. 28-10-1997, Dr. social 98 p 78 ; F. Rizzo, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. et Patrimoine 1/2000 p 60s, spéc. p 66 ; Cl. Roy-Loustaunau, obs. précitées.

⁴ Ass. Plé. 6-11-1998, Bull. n° 3 ; Bull. inf. p 10, rapport M. Bouscharain, concl. M. Joinet ; JCP 99, II, 10004 n. D. Corrigan-Carsin ; Dr. social 99 p 94 obs. J. Savatier. Le salarié pourra donc invoquer le bénéfice d'une clause prévoyant que le contrat de travail cesse automatiquement quand l'âge de 65 ans est atteint, pour s'opposer à sa mise à la retraite avant cet âge : J. Pélissier (dir.), *op. cit.*, n° 2904s.

⁵ Rapport de la Cour de cassation 1998, La documentation française, 1999, p 184 ; M. Simonneau, Les clauses du contrat de travail, éd. Liaisons, 2000, n° 3. Est ainsi remise en cause la solution retenue par la chambre sociale le 15 mars 1995 (Bull. civ. V n° 87). On pourra cependant objecter que l'intérêt général n'est pas totalement indifférent à la question dans un système de prise en charge collective du paiement des pensions.

⁶ Pour le choix de l'ordre public de protection, dès lors que les règles tendent à sauvegarder l'individu : P. Ancel, L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité, Th. Dijon, 1978, n° 276 et 278.

⁷ V. notamment J. Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. Gégout, Juris-Classeur civil, art. 6, fasc. I, Ordre public et bonnes mœurs, 1979, n° 6 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 7° éd. 1999, n° 357s.

⁸ Expression de J. Carbonnier, rapportée par C. Béringuié, La mise en conformité de l'acte, Th. Toulouse, 1999, *passim*. On a également opposé l'ordre public, sauvegarde de l'intérêt supérieur, aux applications « mesquines »

inconcevable. Elle ne sied même pas aux droits qui paraîtraient plus que tout autre revêtir une dimension économique, comme par exemple la liberté du travail : liée certes à la vie économique, cette prérogative n'en fait pas moins partie de l'ordre public dit classique¹, traditionnel ou encore politique.

Face à ce dilemme, plusieurs attitudes sont imaginables. Il est d'abord possible de se retrancher derrière l'idée selon laquelle en droit du travail, puisqu'il s'agit de lui, l'ordre public de protection ne saurait être conçu de la même manière que l'ordre public de protection au sens classique du terme². On pourrait également forger le concept d'ordre public politique de protection, mais cela fait peu de cas de l'analyse classique. Peut-être convient-il de dépasser les clivages traditionnels, et de parler simplement et sans états d'âme d'ordre public de protection³ individuelle (sans doute assimilable au concept doctrinal d'ordre public philanthropique⁴), notamment en cas d'atteintes à l'intégrité du corps humain⁵ ; cette qualification n'évacue cependant pas tout risque de controverse quant à la nature de la nullité, car si la logique de protection invite à la nullité relative, la sauvegarde de l'individu n'est pas indifférente à l'intérêt général, ce qui renvoie plus à une nullité absolue⁶.

340- En réalité, le problème tient sans doute à une confusion originelle entre les *droits* et les *lois* d'ordre public. On peut raisonnablement avancer que certaines lois participent à

de la législation économique : D. Tallon, Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, in Mélanges R. Savatier, éd. Dalloz, 1965, p 883.

¹ A. Sériaux, *op. cit.*, n° 33. Dans le même sens : P. Coulombel, Introduction à l'étude du droit et du droit civil, LGDJ, 1969, p 154, au sujet de la liberté individuelle de celui qui engage ses services à perpétuité.

² Sur cette question : G. Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in Etudes J. Flour, éd. Defrénois, 1979, p 95s, spéc. p 114 ; J.-M. Olivier, Les conflits de sources en droit du travail interne, in B. Teyssié (dir.), Les sources du droit du travail, Puf, 1998, p 194 ; F. Gaudu, L'ordre public en droit du travail, in Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 363.

³ En ce sens, v. P. Catala, relativement à « l'ordre public des droits de l'homme » issus de la CEDH (A propos de l'ordre public, in Mélanges P. Draï, éd. Dalloz, 2000, p 511s, spéc. p 520).

⁴ D. Fenouillet, Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique, in Etudes P. Catala, éd. Litec, 2001, p 487. Cet ordre public tendrait à protéger la personne humaine (et non le citoyen comme l'ordre public politique), notamment sa liberté et sa dignité (*op. cit.*, p 509 et 512).

⁵ En ce sens notamment : G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, éd. Montchrestien, 9° éd. 1999, n° 488 ; J.-B. Seube, La charte du patient hospitalisé : le remède serait-il pire que le mal ?, Cahier de droit de l'entreprise 2001, n° 1, p 29s, spéc. p 32, jugeant « évident » que les dispositions des articles 16 et suivants du Code civil posent un ordre public de protection. Il est vrai que les travaux parlementaires font expressément référence aux « exigences de l'ordre public de protection individuelle » (cité par M. Heers, concl. sur CAA Paris, 9-6-1998 (deux espèces), RFDA 98 p 1231).

⁶ La construction doctrinale d'ordre public philanthropique (*cf. supra*) semble éviter cet écueil, en considérant que pour se prononcer sur la nature de la nullité, **il faut privilégier non le critère de l'intérêt immédiatement protégé** (un intérêt en l'occurrence individuel, conduisant à la nullité relative, sauf s'il s'agit d'une valeur extrapatrimoniale), **mais le « critère qualitatif final » fondé sur l'importance de la prérogative considérée pour la société tout entière** (s'agissant d'un droit fondamental, l'issue ne peut alors qu'être la nullité absolue). *Cf.* sur ces points D. Fenouillet, *op. cit.*, spéc. p 521 et 522.

l'ordre public économique de protection de la partie faible, par exemple la loi du 6 juillet 1989 tendant à l'amélioration des rapports locatifs¹. Cependant l'analyse se complique dès lors que ces lois protègent en les relayant des droits d'assise supralégislative, ainsi le libre exercice de l'activité syndicale ou associative dans la loi de 1989 - article 4, j) -, droits fondamentaux qui participent par essence à l'ordre public politique. Ce relais législatif, contribuant certainement au respect effectif des libertés, a-t-il pour effet de reléguer ces dernières à un rang de protection assurément moins solennel, *via* une nullité relative ? Ce serait très regrettable, à moins que cela constitue la rançon de l'intervention législative.

Selon nous, la nullité absolue sanctionnant la violation des droits fondamentaux doit demeurer la sanction de principe², corrigée toutefois par une grande sévérité dans l'appréciation de l'intérêt à agir de celui qui est à l'origine de l'atteinte³. C'est la seule voie qui respecte la précellence due au bloc de fondamentalité, tout en ne se courbant pas face aux actions stratégiques et de mauvaise foi. La nullité absolue présente également le mérite de pouvoir être soulevée d'office par le juge⁴, ce qui optimise les chances d'éradication des atteintes aux libertés. Le juge aura l'obligation de relever la nullité si celle-ci s'appuie sur un moyen de pur droit, c'est-à-dire en pratique sur des éléments contenus dans le dossier⁵ (par exemple l'impossibilité absolue d'exercer un droit fondamental). La rigueur juridique voudrait qu'il s'agisse au contraire d'une simple faculté pour le juge dès lors que le moyen suppose l'appréciation de circonstances de fait⁶, même si cette solution s'avère décevante dans une matière qui appelle la plupart du temps un examen minutieux de telles circonstances.

¹ Pour une application jurisprudentielle : Paris 28-10-1994, Loyers et copropriété 95 n° 106 (aussi le bailleur ne peut-il invoquer l'ordre public pour justifier sa propre défaillance dans l'exécution de ses obligations contractuelles). Cf. cependant Civ. 3°, 2-6-1999, D. 2000 p 733 n. S. Beaugendre, retenant que les dispositions de l'article 25 de la loi *Méhaignerie* du 23 décembre 1986, d'ordre public, ne sont pas destinées à assurer la seule protection du preneur ; l'auteur annotant l'arrêt laisse entendre qu'on peut en déduire que la loi du 6 juillet 1989 relève elle aussi d'un ordre public économique « composite » (à la fois de protection et de direction).

² Au cas particulier, lorsque la prohibition d'une atteinte à un droit vise à protéger à la fois les cocontractants faibles et un principe essentiel de l'organisation sociale (exemple des clauses d'inaliénabilité perpétuelle, retenu par Ch. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 4° éd. 1998, n° 396), la nullité absolue doit s'imposer, en ce qu'elle « absorbe » la nullité relative.

³ *Supra* n° 337.

⁴ Cette solution, qui joue en matière contractuelle (Civ. 1°, 27-11-1984, D. 86 p 448 n. J. Penneau), doit être étendue aux actes juridiques en général.

⁵ O. Gout, *op. cit.*, n° 458 et 420.

⁶ Civ. 2°, 14-2-1985, Bull. civ. II, n° 38.

Conclusion du Chapitre I.

341- Dans les situations précédentes, le bloc de fundamentalité était par hypothèse illicitement investi, ce qui soulevait la question de la sanction des actes considérés. En la matière, la nullité absolue doit s'imposer comme solution de principe puisqu'il s'agit de réagir à la violation par de simples particuliers de droits de nature politique¹ et que l'octroi de ces prérogatives aux individus a pour but ultime l'intérêt largement entendu de la collectivité². Dans certains cas, cette sanction est cependant inadaptée. En premier lieu, lorsque l'atteinte est justifiée dans son principe, seul son quantum (notamment dans le temps ou dans l'espace) étant excessif, il paraît préférable de s'en tenir à une réfaction de la stipulation, ce qui présente le mérite de ne pas déjouer totalement les prévisions des parties tendant à la satisfaction d'un intérêt légitime qui peut constituer lui-même, le cas échéant, un droit fondamental³. En second lieu, de lourds dommages et intérêts peuvent dans certaines hypothèses⁴ constituer une sanction plus efficace (et plus dissuasive pour l'avenir) que l'annulation de l'acte irrégulier au regard des droits fondamentaux (ou d'ailleurs que la réduction de l'atteinte disproportionnée).

Lorsque des atteintes aux libertés auront au contraire résisté au "contrôle de fundamentalité", la question se posera de savoir si, compte tenu de la nature tout de même particulière des prérogatives investies, un régime spécifique doit être ménagé à ces actes jugés licites.

¹ Sur le rattachement des droits et libertés fondamentaux aux droits politiques, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. 1960, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999, p 145 (l'auteur se prononce sur les droits de source constitutionnelle, mais cela ne peut qu'être étendu aux droits émanant des traités relatifs aux droits de l'homme).

² M. Tékénidas, *Rapports entre démocratie et droits de l'homme*, in *Démocratie et droits de l'homme*, Colloque Thessalonique 24/6-9-1987, éd. N.P. Engel, 1990 p 11.

³ V. à cet égard R. Vatinet, *Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*, *Dr. social* 1998, p 534s, spéc. p 538.

⁴ On songe aux cas de violations de droits de la défense ou de licenciement illicites.

Chapitre II : Régime de l'atteinte licite.

342- L'analyse suppose ici acquise la licéité des actes juridiques à propos desquels un doute existait au regard du respect des droits fondamentaux. Ils ont triomphé du contrôle proposé et sont donc valables. Il convient alors d'examiner la vie juridique de ces actes.

Lorsque le point de droit envisagé est étudié, il est généralement souligné qu'il ne peut s'agir que d'un régime spécial par rapport aux règles gouvernant les actes qui n'investissent pas le bloc de fundamentalité. Dès lors que l'entrave, même licite, au libre exercice de prérogatives fondamentales constitue une dérogation grave au droit commun, il serait parfaitement cohérent d'envisager un régime lui-même dérogatoire ¹, qui ferait en quelque sorte rejaillir en pleine lumière le caractère d'ordre public attaché à la protection de la personne ². La remarque a surtout été faite à propos des droits de la personnalité car, appliquées à eux, les règles du droit commun pourraient selon la doctrine mettre en échec les prérogatives intangibles de l'individu ³. Si l'on suit l'opinion selon laquelle les droits de la personnalité ne sont au fond que le prolongement des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées ⁴, on pourra comprendre qu'il existe des recoupements entre le régime des atteintes licites infligées aux droits fondamentaux et celui applicable aux conventions relatives aux droits de la personnalité ⁵.

343- Il s'agit à peine d'un élément du régime, mais il convient d'abord de préciser que l'acte valable pourra engendrer des obligations à la charge de celui à qui l'atteinte est opposable. Bien souvent, c'était l'objet même de la norme édictée. Il est ainsi évident que les salariés doivent se plier aux dispositions licites d'un règlement intérieur. Un sportif de haut niveau peut pareillement être soumis à une discipline de club lui imposant des obligations restreignant la liberté de sa vie privée (interdictions des sorties nocturnes, respect d'une

¹ Cf. B. Thullier, L'autorisation, étude de droit privé, LGDJ, 1996, n° 159.

² R. Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, Th. Lyon, 1939, p 427.

³ J. Stoufflet, Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité, JCP 1957, I, 1374, spéc. n° 34. Sur les droits de la personnalité, v. *supra* n° 8.

⁴ P. Ancel, *op. cit.*, n° 5. Cf. également F. Terré et D. Fenouillet (Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, éd. Dalloz, 6° éd. 1996, n° 50s), qui rangent les droits civils consacrés par la DDH et la Conv. EDH, qui s'exercent aussi dans les rapports entre particuliers, parmi les droits de la personnalité. En 1984, H. Mazeaud écrivait que les droits de la personnalité étaient « des droits fondamentaux, indissolublement liés à la personne humaine » : préface à P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée, Economica, 3° éd. 1995.

⁵ Au regard des classifications traditionnelles, il convient de garder à l'esprit que si bon nombre de droits de la personnalité sont des droits fondamentaux (ainsi le droit au respect de la vie privée ou de l'intégrité physique), l'inverse est loin d'être toujours vrai (par exemple pour le droit de grève ou la liberté d'association).

hygiène de vie, etc....)¹. Il est certes des cas moins banals. Par exemple, lorsqu'une personne de renom autorise l'exploitation commerciale de son patronyme, elle est tenue d'une obligation de garantie de son fait personnel : elle doit s'abstenir de tout acte de nature à diminuer la valeur de son nom². Ainsi, un cycliste célèbre sous contrat publicitaire devra éviter d'être pris dans la tourmente d'un scandale lié au dopage. La règle est très logique ; sans elle, l'utilité du contrat de licence pourrait vite disparaître pour l'exploitant exposé aux frasques de son partenaire contractuel. L'existence de l'obligation envisagée apparaît cependant tout à fait spécifique car en règle générale, c'est la personne soumise à l'atteinte qui doit pouvoir compter sur la persistance de l'intérêt ayant servi de justification à l'acte juridique initial et l'ayant éventuellement conduit à s'engager. C'est d'ailleurs là selon nous que réside la principale caractéristique du régime de l'acte licite : l'obligation de respecter la justification de l'atteinte (**Section 2°**). Une question devra pourtant être examinée en premier lieu en raison de son classicisme. De même que le (faux) problème du consentement à l'atteinte se posait lors du contrôle initial de l'acte³, il réapparaît de façon tout aussi lancinante au stade du régime : doit-on pouvoir révoquer le consentement donné ? (**Section 1°**)

Section 1° : La possibilité de révoquer le consentement à l'atteinte ?

344- *A priori*, la possibilité de révoquer son consentement semble constituer une caractéristique étonnante, car l'irrévocabilité est traditionnellement considérée comme la « qualité inhérente à tous les actes juridiques »⁴ (même s'il convient bien sûr de réserver le cas où les parties elles-mêmes ont stipulé une clause de dédit⁵). Lorsque l'on a consenti à quelque chose, on ne peut en principe revenir sur la parole donnée ; *pacta sunt servanda*. Une telle analyse ne sied pourtant guère dans notre matière, car elle s'appuie sur le consentement de la victime de l'atteinte aux droits fondamentaux, mythe déjà dénoncé dès lors que cette prétendue acceptation est largement fictive, s'avère naturellement inopérante s'agissant

¹ Soc. 28-6-1995, Lacuesta, cité par J. Mouly, Rép. civil, V° Sports, 1999, n° 51.

² G. Loiseau, Le nom objet d'un contrat, LGDJ, 1997, n° 398 (en pratique, l'obligation est toujours expressément stipulée). Parallèlement, l'exploitant doit respecter le droit moral du cédant, en veillant à ce que le nom de ce dernier ne se trouve pas « compromis dans des opérations déshonnêtes » (Req. 3-2-1909, Heidsieck, D. 1909, I, 481) : A. Viandier, Les conflits entre cédant et cessionnaire relatifs au nom, RJCom 1995 p 1.

³ Cf. *supra* n° 189s.

⁴ A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, LGDJ, 1951, p 519.

⁵ Cf. L. Boyer, La clause de dédit, in *Mélanges Raynaud*, 1985, p 53 ; Cl. Humann, La spécificité de la clause de dédit, RDI 1997 p 169.

d'actes juridiques unilatéraux émanant d'un décideur en position de force (employeur, bailleur...) et qu'elle serait de toute façon prétexte aux abandons les plus complets des droits élémentaires. C'est d'ailleurs précisément au nom de la recherche « d'un improbable consentement parfait » que le législateur contemporain consacre ici ou là un « droit de revenir sur son engagement »¹, le droit de manquer à sa parole étant destiné à compenser « une inégalité originaire patente »². Il convient donc de ne pas rejeter d'emblée la possibilité d'une révocation. Cependant, si la révocabilité est une faculté classiquement reconnue (§ I), elle nous semble constituer une caractéristique peu convaincante (§ II).

§ I : Une faculté classiquement reconnue.

345- Notre système juridique connaît assurément des cas exprès de révocabilité d'actes juridiques. Il en est ainsi des donations faites entre époux pendant le mariage en vertu de l'article 1096, alinéa 1, du Code civil. Ce droit de révocation n'est soumis à aucune condition et peut être exercé sans avoir à justifier d'aucun motif³. Cette disposition ne pourrait-elle pas constituer un modèle dans notre matière, dans la mesure où elle a été conçue comme un instrument « de *sauvegarde de la liberté* de l'époux donateur »⁴ ? Le parallèle est séduisant.

346- Le régime des droits de la personnalité constitue également une source d'inspiration. On retient en effet classiquement qu'est révocable à tout moment le consentement donné par une personne à un acte ayant trait à des droits protégeant son individualité propre⁵. Tout individu doit ainsi pouvoir recouvrer sans contrainte la maîtrise

¹ Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, Dr. et patrimoine 1998, n° 60, p 78s, spéc. p 87. De manière moins radicale, on peut considérer que le repentir constitue l'abandon d'un contrat en cours de formation (cela est surtout vrai pour les délais de réflexion de sept jours qu'affectionne le droit de la consommation) : R. Baillo, Le droit de repentir, RTDC 1984 p 227s, spéc. p 235. Ces types de repentirs n'apparaissent pas vraiment riches d'enseignements pour la question qui nous retient car ils postulent que le consentement originaire n'était pas véritablement fondateur (l'acte ne devenant ferme qu'à l'échéance du délai de repentir), alors que dans l'hypothèse étudiée l'atteinte aux droits fondamentaux a été reconnue parfaitement licite.

² S. Mirabail, La rétractation en droit privé français, LGDJ, 1997, p 292.

³ J.-F. Montredon, Juris-Classeur civil, Art. 1091 à 1100, Donation entre époux, Fasc. 20, 1993, n° 29. Pour une application : Lyon 15-6-1989, D. 89 IR p 232, qui souligne le caractère absolu du droit de révocation, qui peut s'exercer d'une manière discrétionnaire. Cela rapproche la disposition des droits de repentir issus de la législation protectrice du consommateur et dont le mécanisme « est incompatible avec une quelconque exigence de justification des motifs de la rétractation » (Ph. Brun, chron. précitée, p 82). Une différence essentielle consiste au contraire dans l'absence de délai pour révoquer une donation entre époux.

⁴ I. Najjar, Répertoire civil, V° Donation, 1991, n° 507. Cet auteur parle même de « liberté civile » de révoquer (Répertoire civil, V° Donation entre époux, 1993, n° 180).

⁵ V. par exemple P. Berchon, Juris-Classeur civil, Art. 1382 à 1386, Atteinte aux droits de la personnalité : causes de justification. sanction, Fasc. 133-2, 1990, n° 29.

pleine et entière de ses attributs personnels. Les principes gouvernant l'usage du nom en sont une illustration ¹.

En application de l'article 264, alinéa 3, du Code civil, issu de la loi du 11 juillet 1975, et qui concerne le divorce pour faute ou par consentement mutuel, la femme peut, avec l'accord de son mari, conserver le nom de ce dernier. La jurisprudence avait admis cette pratique bien avant l'adoption du texte ². Pour Savatier, le consentement de l'ex-époux à cette convention de survie ³ ne pouvait cependant le lier pour l'avenir ⁴. Dans l'affaire *Lefort* jugée en 1964, l'époux avait par un écrit privé autorisé à son ex-femme le port de son nom à titre permanent. Selon le Tribunal de grande instance de la Seine, cette autorisation ne peut être que précaire, et l'époux peut y mettre fin à tout moment. La Cour d'appel de Paris retient pareillement que la concession litigieuse est par essence révocable, « nonobstant la locution adverbiale employée "à titre permanent" » (la durée indéterminée de l'engagement ne rend pas ce dernier perpétuel). Son arrêt n'est pas censuré sur ce point et la Cour de cassation rappelle le caractère précaire et révocable de l'autorisation ⁵.

347- Un autre cas typique de la faculté de retrait du consentement concerne le domaine médical. Cette matière, touchant le respect dû à l'intégrité physique, n'est-elle pas plus que toute autre propice à l'application de la « vieille théorie dite de la révocabilité des conventions relatives à la personne » ⁶ ? Afin de s'en convaincre, on cite traditionnellement Demogue, pour qui jusqu'à l'exécution de l'acte chirurgical, et donc jusqu'au dernier moment, le consentement du patient était révocable ⁷. La législation récente se range à cette opinion, lorsque par exemple l'article L. 1211-2 du Code de la santé publique prévoit qu'en matière de

¹ Sur l'existence d'un droit de repentir en matière de contrats portant sur l'usage du nom : X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Th. Namur, 1982, n° 323.

² Civ. 20-2-1924, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence* 26 p 11 obs. R. Savatier : l'autorisation de faire usage du nom patronymique, n'impliquant pas transmission du nom, ne constitue pas une convention sur l'état des personnes, nulle en vertu de l'article 1128 du Code civil.

³ Sur ce terme, v. R.-F. Le Bris, *L'effet du divorce sur le nom des époux*, D. 1965, chron. p 141.

⁴ R. Savatier, obs. sous Civ. 20-2-1924, précité. L'auteur critique cet arrêt qui s'était prononcé en faveur du caractère irrévocable de l'autorisation.

⁵ Civ. 1°, 13-10-1964, D. 65 p 209, n. J. Foulon-Piganiol. L'arrêt de la Cour d'appel (Paris 2-12-1960, JCP 60, II, 11881, concl. Nepveu) est cassé en ce qu'il cantonnait le droit de retrait au cas d'usage anormal du nom ou prêtant à une confusion dommageable.

⁶ Selon l'expression de L. Guignard, *Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil*, RRJ 1/2000, p 45s, spéc. n° 11.

⁷ V. ainsi A. Jack, *Les conventions relatives à la personne physique*, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence* 1933 p 362s, n° 13. A notre connaissance, Demogue a plus exactement écrit que le patient pouvait toujours « renoncer » (*Traité des obligations en général*, I, Sources des obligations, t. II, Librairie Rousseau, 1923, n° 803).

prélèvement d'éléments du corps humain, le consentement du donneur « est révocable à tout moment ». L'article 5 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de 1997 prévoit pareillement que le patient peut à tout moment « librement retirer son consentement »¹. La justification théorique d'une telle rétractabilité demeure cependant incertaine et l'on est contraint d'invoquer solennellement les grands principes : dignité de la personne et liberté du sujet². Le Doyen Decocq y voit surtout une manifestation de « la sacralité irrationnelle qui entoure le corps »³.

348- La révocabilité du consentement est également avancée en matière de droit à l'image, susceptible d'être rattaché au droit au respect de la vie privée⁴. Ainsi, s'agissant de contrats portant sur la réalisation et la publication de l'effigie, on défend la faculté pour le modèle de révoquer son consentement jusqu'à l'exécution effective de la convention et même après celle-ci, car, et serait-ce par acquis de conscience ?, on y voit le moyen de « concilier la validité du contrat avec la règle de l'indisponibilité du droit de la personne sur son image »⁵. Il s'agit de marquer que le but de la loi est de protéger la vie privée, et non de favoriser son exploitation⁶. A ce titre, le contrôle du juge doit en outre rester modeste : ce dernier ne saurait en principe se prononcer sur « la valeur de la conception que le titulaire se fait de la défense des attributs de sa personnalité »⁷. Seule l'intention de nuire dans l'exercice du droit de repentir pourra être sanctionnée⁸.

¹ Sur ce texte, v. E. Roucouas, Le droit au consentement et ses restrictions dans le Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997), in Mélanges N. Valticos, éd. Pedone, 1999, p 479.

² L. Guignard, *op. cit.*, n° 9 et 11. Plus sobriement, on pourrait avancer la règle *nemo praecise cogi potest ad factum*, et l'article 1142 du Code civil (une obligation de faire se résout en dommages-intérêts), mais ce serait raisonner en termes d'inexécution d'une obligation par le patient, ce qui est sans doute une erreur d'analyse – *cf. infra* n° 350.

³ A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960, n° 389. La rétractabilité est parfois plus sobriement rattachée à l'*intuitus personae* animant le contrat médical ; v. ainsi C. Jonas, L'opposition de la personne à l'acte médical, Th. Tours, 1993, n° 40.

⁴ R. Lindon, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Dalloz, 1974, n° 87 ; J.-Ch. Saint-Pau, n. sous Civ. 1°, 16-7-1998, D. 99 p 541. La jurisprudence récente va certes dans le sens de l'autonomie des deux droits, au moins en ce qu'ils peuvent donner lieu à des réparations distinctes : v. Civ. 1°, 12-12-2000, D. 2001 p 2434 n. J.-Ch. Saint-Pau.

⁵ J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978, n° 265 et 282.

⁶ R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP 1968, I, 2136, n° 40.

⁷ F. Pollaud-Dulian, n. sous Civ. 1°, 14-5-1991, JCP 91, II, 21760, à propos des droits de la personnalité. *Cf. déjà* A. Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTDC 1944, p 1s, spéc. p 10 : il ne saurait y avoir de contrôle de l'exercice de prérogatives constituant une manifestation de la personne humaine.

⁸ V. *mutatis mutandis* J.-P. Pizzio, Un apport législatif en matière de protection du consentement, la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, RTDC 1976 p 66s, spéc. n° 32.

Au vrai, la plupart des soutiens jusqu'ici avancés en faveur de la révocabilité du consentement aux actes mettant en jeu les prérogatives de la personne s'avèrent susceptibles d'être combattus ou au moins relativisés, de sorte que cette prétendue caractéristique apparaît fort peu convaincante.

§ II : Une caractéristique peu convaincante.

349- Pour chacun des cas précédemment abordés, une limite ou une contre-épreuve existe, et il est donc possible de reprendre point par point les arguments développés.

S'agissant d'abord de la révocabilité des donations entre époux, posée à l'article 1096, alinéa 1, du Code civil, et censée constituer un exemple d'utilisation de l'institution du droit de repentir, le modèle semble mal choisi puisqu'un fort courant doctrinal et professionnel prône précisément l'abrogation de la disposition ¹.

Les principes dégagés en matière d'usage du nom du mari par l'ex-épouse dans l'arrêt *Lefort* rendu en 1964 par la Cour de cassation sont également battus en brèche. Certains estiment que la solution retenue (le caractère précaire et révocable de l'autorisation) ne serait plus valable aujourd'hui ², c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur en 1975 de l'article 264, alinéa 3, du Code civil : si l'accord du mari n'était qu'un acte de bonne volonté, toujours révocable, le législateur ne l'aurait même pas mentionné à côté de l'autorisation de conserver l'usage du nom prononcée par le juge ³. La jurisprudence postérieure semble de fait opter en faveur de la force obligatoire de la convention, logiquement irrévocable ⁴, sauf hypothèse de l'abus de droit ⁵ (l'ex-époux doit en effet pouvoir mettre fin à l'autorisation s'il subit un préjudice du fait de l'utilisation fautive du nom marital par son ex-femme ⁶).

¹ Cf. les références doctrinales citées par J.-F. Montredon, *op. cit.*, n° 10. Quant au notariat, il réclame l'irrévocabilité des donations de biens présents (souhait rapporté par Ph. Malaurie, Cours de droit civil, Les successions, les libéralités, Cujas, 4° éd. 1998, n° 710).

² En ce sens notamment D. Huet-Weiller, n. sous TGI Paris 10-2-1981, JCP 81, II, 19624.

³ R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, obs. sous Paris 9-3-1979, RTDC 81 p 622.

⁴ C'était le sens des conclusions de M. Nepveu devant la Cour de Paris dans l'affaire *Lefort* (précitée) : il ne voyait pas comment on pouvait admettre le caractère précaire de l'autorisation, dès lors que la convention était dite valable.

⁵ Paris 9-3-1979, précité, D. 79 p 471 n. J. Massip.

⁶ En ce sens : G. Goubeaux, Les personnes, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1989, p 135. On a pu dire qu'il s'agirait en ce cas d'une résiliation pour manquement à la bonne foi contractuelle (D. Huet-Weiller, *in n.* précitée).

350- Les solutions mentionnées en matière d'actes sur le corps humain peuvent-elles être elles aussi critiquées ? En la matière, il ne s'agit point de nier en bloc les principes traditionnellement retenus. Simplement, compte tenu des « ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil »¹, le débat consistant à rechercher si le malade peut revenir sur son acceptation est en réalité mal posé. Par le biais d'un contrat médical, le patient ne souscrit en effet aucunement une obligation de se faire soigner². Son consentement ne consiste pas à accorder une faculté d'agir au médecin, à lui accorder une autorisation³, sauf à admettre au préalable que le praticien est *titulaire de la prérogative* de toucher le corps d'autrui⁴. Le patient ne fait en réalité que promettre de verser une rémunération pour le cas par exemple où il se ferait opérer⁵. S'il prétendait se raviser, il s'exposerait à une action en paiement des dépenses engagées⁶.

Cette obligation de dédommagement se rencontre également dans le domaine des contrats relatifs à la vie privée. Celui qui a consenti à la publication de faits intimes et qui souhaite exercer son prétendu droit de repentir, doit au préalable complètement indemniser de ses débours le « marchand d'indiscrétions »⁷. La règle s'inspire de l'article 32 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique (article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle) : l'auteur jouit « d'un droit de repentir ou de retrait » vis-à-vis du cessionnaire du droit d'exploitation, mais il ne peut l'exercer qu'après avoir indemnisé son cocontractant. Cette contrainte rend la rétractation parfaitement illusoire et explique que la disposition soit rarement invoquée⁸. En ce sens, la prétendue révocabilité du consentement ne constitue qu'un leurre. Certains considèrent cependant que la disposition issue de la loi de 1957 fait

¹ Titre de l'article de L. Guignard, précité.

² L. Guignard, *op. cit.*, n° 12.

³ B. Thullier, *op. cit.*, p 55.

⁴ On utilise ici la définition de l'autorisation donnée par B. Thullier (*op. cit.*, n° 324) et consistant, sommairement, dans l'acte juridique unilatéral par lequel un agent (par exemple l'administration) « accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer (...) ».

⁵ A. Decocq, *op. cit.*, n° 385.

⁶ R. Demogue, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷ R. Badinter, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ A. Françon, obs. sous Civ. 1°, 7-4-1987, RTDCom 88 p 224.

figure d'exception et que le droit de repentir s'exerce en principe gratuitement ¹, ce qui est le gage de la liberté de la rétractation.

351- Un arrêt rendu par la Cour de Paris doit permettre de dégager l'analyse pertinente qu'il convient d'adopter au sujet de la faculté de retrait. Une comédienne entendait en l'espèce s'opposer à la diffusion de photos d'elle dévêtue, prises à ses débuts, et dont elle redoutait à présent la publicité. La Cour indique que la révocation doit s'accompagner de l'indemnisation du cessionnaire du droit de reproduction. Surtout, les juges énoncent un motif qui nous semble digne d'intérêt : le consentement donné par un modèle à la reproduction de son image peut être révoqué « dans certaines circonstances faisant apparaître qu'une autorisation illimitée porterait une atteinte intolérable aux droits de la personne »². La fonction de la révocabilité apparaît de manière évidente : il s'agit d'éviter une lésion substantielle portée aux droits fondamentaux. Or, il faut y insister, un tel écueil semble déjà épargné à la personne si le contrôle de la licéité initiale de l'atteinte a été correctement effectué, plus précisément la troisième étape s'assurant du caractère limité de l'aliénation consentie ³. Le débat sur la révocabilité n'a en effet pas lieu d'être dès lors que la prohibition des atteintes perpétuelles devait s'imposer *ab initio*. Si le droit positif prend le parti de s'assurer en amont du caractère ponctuel de toute atteinte portée aux droits fondamentaux, plus rien ne justifie de s'embarrasser en la matière de la « vieille théorie dite de la révocabilité des conventions relatives à la personne »⁴. Pour revenir à l'exemple envisagé, si la faculté d'utiliser l'image d'autrui ne peut valoir sans limitation de temps ⁵, il s'agit plus d'une règle relevant de la validité même de l'atteinte que de son régime.

Au total, il ne paraît guère convaincant de faire de la possibilité de révoquer le consentement à l'atteinte une caractéristique du régime gouvernant les actes jugés licites. La remarque vaut en tout premier lieu pour les actes unilatéraux émanant d'un acteur juridique en

¹ I. Demeslay, Le droit de repentir, Rev. ju. de l'Ouest 1997/2, p 153s, spéc. p 170. Il faut cependant préciser que l'auteur envisage essentiellement les droits de repentir issus de la législation consumériste, dont on a déjà mentionné les différences avec l'hypothèse étudiée (cf. n° 344 et les notes).

² Paris 7-6-1988, Jeanneret, D. 88 IR p 224.

³ V. dans un autre domaine R. Nerson, qui souligne que la limitation de la durée du contrat de travail constitue « la consécration pratique de l'idée de révocabilité du consentement » (thèse précitée, p 425).

⁴ C'est toujours l'expression de L. Guignard, art. précité, n° 11. On suppose ici admis que le consentement initial existait et était exempt de vice, car sinon le contrat ne saurait de toute façon être valable, nonobstant d'ailleurs toute question relative aux droits fondamentaux (art. 1109 du Code civil).

⁵ Paris 26-5-1993, Juris-Data n° 048539. Cf. déjà Oscar de Vallée, concl. sur Paris 25-5-1867, *Alexandre Dumas*, S. 68, 2, 41 (cité *in obs.* sous l'arrêt) : « la prétention qu'aurait un photographe de disposer indéfiniment, pour l'exhiber, du visage d'autrui, serait contraire au droit sacré et inaliénable que nous avons sur nous-mêmes ».

position de force, pour lesquels le consentement de celui qui subit l'atteinte n'a pas lieu d'être. S'agissant ensuite de la clause d'un contrat, une rétractation du consentement paraît tout aussi difficile à visualiser, dès lors que le contrat a été signé et que la clause désormais dénoncée est par hypothèse licite. Quant au cas d'un contrat dont l'objet même lèse, toujours licitement, des droits fondamentaux, on peut se demander si brandir la révocabilité du consentement ne consiste pas en réalité à mettre en exergue la fragilité viscérale de la licéité de l'atteinte au regard des trois conditions de fond (justification, proportionnalité et caractère non substantiel). Envisager par exemple l'hypothèse d'une strip-teaseuse qui renonce finalement à se déshabiller en exprimant par-là « le désaveu que son évolution psychologique lui inspire maintenant à l'égard d'une telle activité »¹, n'est-ce pas là le signe d'une défiance à l'égard de la respectabilité au regard des droits fondamentaux de l'engagement lui-même, qui était intrinsèquement illicite dès l'origine ?

Il faut donc écarter le débat sur la révocabilité et admettre tout au plus que dans certains cas, une forme de rétractation sera la conséquence logique, et seulement cela, de la violation de l'obligation de respecter la justification initiale de l'atteinte.

Section 2° : L'obligation de respecter la justification de l'atteinte.

352- On sait que pour être reconnue licite, une atteinte aux droits fondamentaux doit reposer sur un intérêt légitime et réel². Le propos est ici de montrer que les données qui justifient ainsi l'atteinte doivent en outre perdurer au stade de l'exécution de l'acte.

On peut relever à titre liminaire que l'exigence d'une situation pérenne pourrait dans quelques cas fonder avec une certaine crédibilité la possibilité précédemment évoquée et consistant à révoquer son consentement. Pareille faculté ne constituerait alors qu'une manière de réagir à un changement circonstanciel privant l'atteinte de toute raison d'être³. Par exemple, pour reprendre le cas de cette comédienne qui souhaitait stopper la diffusion de photos suggestives prises à ses débuts, la Cour de Paris a bien précisé que la révocation émanant de l'actrice devait être légitime⁴. On peut penser que ce sera précisément le cas lorsque l'intérêt ayant présidé au consentement initial (et consistant sans doute à faire

¹ M. Puech, n. sous TGI Paris 8-11-1973, D. 75 p 404.

² Cf. *supra* n° 195s.

³ Selon le point de vue envisagé, la faculté de révoquer son consentement ne prétend donc plus constituer une caractéristique propre du régime des atteintes licites ; elle n'est au contraire que le moyen concret de riposter à la violation de l'élément principal du régime.

⁴ Paris 7-6-1988, précité.

”démarrer” la carrière de la jeune fille), se sera éteint, du fait d’une notoriété cinématographique à présent acquise et qui ne justifierait plus, bien au contraire, une forme de publicité désormais défavorable à l’actrice ¹.

En ce qui concerne l’usage du nom marital par la femme divorcée, il est soutenu dans le même esprit que le mari peut révoquer son consentement initial s’il prouve que la raison ayant motivé son autorisation a disparu ². La jurisprudence semble se rallier à ce point de vue ³. Dans ces hypothèses, la fragilité de l’atteinte qui avait été jugée licite réside non pas dans la possible volte-face de la personne y ayant consentie mais bien dans la disparition de la justification initiale de l’acte litigieux ⁴.

353- L’obligation de respecter l’intérêt louable qui a concouru à la licéité de l’atteinte peut être rattachée à la théorie de la permanence de la cause, puisque l’intérêt avancé s’apparente à la justification causale de l’acte ⁵. Cet intérêt justificateur doit persister lors de l’exécution. Comme le retenait Capitant, « la vie de l’obligation une fois qu’elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si cette fin ne se réalise pas, il n’est pas admissible que l’obligation garde sa force obligatoire »⁶. Certes, cette conception n’a pas fait l’unanimité en doctrine ⁷, pas plus qu’en jurisprudence ⁸. Néanmoins, la question n’a jamais été vraiment envisagée au sujet de contrats lésant, même licitement, des droits fondamentaux, en sorte que le refus traditionnel de tenir compte de la disparition des mobiles ayant déterminé

¹ V. ainsi TGI Paris, 24-3-1999, Juris-Data n° 042448 : « si l’absence de limitation de la cession par un modèle de ses droits sur sa photographie peut justifier l’exercice d’un droit de repentir, c’est à la condition que la personne concernée justifie d’un changement notable dans ses conditions de vie (...) ».

² J. Massip, n. sous Paris 9-3-1979, précité. Sur l’exigence de persistance de l’intérêt initial de l’autorisation : A. Breton, Le nom de l’épouse divorcée, *in* Etudes R. Rodière, éd. Dalloz, 1981, p 17s, spéc. p 30.

³ Aix-en-Provence, 31-3-1993, Juris-Data n° 041032 : l’ex-épouse peut continuer à user du nom marital car le mari ne démontre pas que l’intérêt particulier dont il avait admis l’existence au début du divorce ait disparu.

⁴ Peu importe à cet égard que la disparition de la justification ait été imprévisible. Un tel parti ne met à mal le rejet de la théorie de l’imprévision que lorsque le changement de circonstances est d’ordre économique et financier ; dans les autres cas, il est admis en effet que l’économie du contrat puisse être modifiée (v. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Droit civil, les obligations, 2. Contrat, éd. Litec, 6° éd. 1998, n° 1402).

⁵ Cf. *supra* n° 197. Lorsqu’il n’y a plus d’intérêt, il n’y a plus de cause : M.-A. Frison-Roche, Volonté et obligation, Arch. phil. droit n° 44 (2000), p 129s, spéc. p 142.

⁶ H. Capitant, De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs), Dalloz, 2° éd. 1924, n° 6.

⁷ Cf. cependant P. Voirin : la cause est « le soutien nécessaire des effets de l’obligation (...) elle doit se perpétuer jusqu’à l’épuisement desdits effets » (P. Voirin, Evolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament, *in* Etudes H. Capitant, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977, p 895).

⁸ V. par exemple Com. 21-10-1974, Bull. civ. IV n° 255, et Civ. 3°, 25-10-1977, Bull. civ. III n° 355, qui retiennent exclusivement que l’existence de la cause doit être appréciée lors de la formation du contrat.

la personne à s'engager¹, ne semble pas déterminant pour l'hypothèse envisagée. En outre, depuis l'arrêt *Chronopost*, rendu au visa de l'article 1131 du Code civil, la méfiance traditionnelle à l'égard de la théorie de Capitant paraît fragilisée, et la cause utilisée au stade de l'exécution de la convention semble devenir l'instrument permettant de « garantir que le contrat présente et **conserve** bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels le cocontractant (...) s'était engagé »².

354- Dans certains cas, la contrainte consistant à respecter la justification de l'atteinte correspondra simplement au respect logique et nécessaire de la teneur de l'acte initial. La licéité de ce dernier a été prononcée au vu d'un but louable donné, sa force obligatoire épouse les contours de ce but, qui ne saurait être "détourné". Comme l'a retenu la Cour d'appel de Paris en 1966, la personne qui autorise un tiers à reproduire son image n'autorise pas pour autant cette reproduction *dans un but différent de celui primitivement prévu*³. Dans un autre domaine, cette même juridiction a énoncé plus récemment qu'un procédé de contrôle licite perd cette qualité si l'objectif en vue duquel il a été installé n'est pas respecté⁴. En l'espèce, un système d'enregistrement avait pour but de permettre de vérifier, en cas de litige, les termes des transactions téléphoniques entre des donneurs d'ordre et un organisme financier. Or cette finalité avait été détournée, et utilisée pour établir qu'un salarié avait critiqué la maison et mis en doute la probité de certaines opérations effectuées par elle⁵...

355- A l'appui de l'obligation de respecter l'intérêt légitimant l'atteinte, il est également envisageable de faire appel à l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme, même si cette disposition n'a certainement pas été écrite pour cela. Selon cet article, dont l'utilité pratique reste relativement mineure, les restrictions apportées aux droits et libertés

¹ V. en matière de cautionnement, Com. 8-11-1972, D. 73 p 753 n. Ph. Malaurie.

² D. Mazeaud, obs. sous Com. 22-10-1996, *Chronopost*, Rép. Def. 97 p 333. Sur le sujet, v. plus largement H. Lécuyer (Le contrat, acte de prévision, in *Mélanges F. Terré*, éd. Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p 643s, spéc. p 656s), qui montre que la jurisprudence récente peut sanctionner la disparition de la cause de l'obligation lors de l'exécution du contrat.

³ Paris 22-3-1966, GP, 1, 331, 1^o espèce. En somme, l'autorisation ne doit pas être dénaturée : D. Tallon, Rép. civil, V^o Droits de la personnalité, 1996, n^o 144. A des juges du fond qui avaient estimé que l'utilisation de son image à des fins publicitaires avait été autorisée par un chanteur, la Cour de cassation a récemment répondu que la publication litigieuse n'avait pas respecté la finalité visée dans l'autorisation donnée par la star : Civ. 1^o, 30-5-2000, RJP 2000, n^o 11, p 12 obs. E. Putman ; LPA 20-4-2001 p 15, n. S. Morvan.

⁴ Paris 2-11-1995, RJS 96 n^o 4.

⁵ Pour d'autres exemples de détournement de finalité, v. A. Graboy-Grobescio, *Vidéosurveillance et libertés*, LPA 18-12-1998 p 9s, spéc. p 17.

« ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues »¹. De manière significative, on a pu parler à son sujet de clause "anti-détournement"². Par sa formulation, elle est apte à asseoir l'élément envisagé du régime de l'atteinte licite même s'il faut bien admettre que cette disposition s'adresse avant tout aux Etats contractants ; l'application intersubjective de l'article 18 reviendrait peut-être elle-même à détourner la finalité de la disposition...

En présence d'un détournement de finalité, la Cour de Strasbourg peut choisir de se prononcer plus classiquement au regard des clauses normatives de la Convention. Elle a ainsi pu décider que constituait *une ingérence dans le droit au respect de la vie privée* le fait que le but en vue duquel des informations médicales avaient été recueillies (en l'occurrence dans l'optique d'un traitement thérapeutique), diffère du but que poursuivait leur communication ultérieure (en l'espèce l'octroi d'une prestation d'assurance-invalidité)³. Il semble possible d'en déduire que compte tenu des nouvelles circonstances d'utilisation des informations recueillies, il existe désormais une *nouvelle* atteinte, ayant un caractère autonome, et qui doit à son tour être soumise à un contrôle afin de prouver sa licéité au regard des droits fondamentaux.

356- Quelle est l'analyse adoptée par le juge interne, qui a pour mission d'apporter une réponse concrète au problème suscité par l'évolution du fondement de l'atteinte ? La question se pose d'abord de savoir si, dans son principe, la licéité de l'acte juridique doit souffrir des nouvelles circonstances. Précisant le sens de l'article 900-1 du Code civil, la Cour de cassation retient avec la plus grande fermeté que la validité d'une clause d'inaliénabilité « ne peut être affectée par la disparition de l'intérêt sérieux et légitime du donateur qui avait justifié cette stipulation au moment de la donation, cette disparition permettant seulement au juge d'autoriser le donataire à disposer du bien »⁴. L'autorité juridictionnelle aura en effet en charge de réagir aux transformations affectant l'élément qui justifiait l'atteinte. En matière de prélèvement sanguin, le donneur doit ainsi être en mesure d'agir en respect de la destination

¹ Sur cet article, v. notamment G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p 470.

² V. Coussirat-Coustère, Article 18, *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2^o éd. 1999, p 523.

³ Cour EDH 27-8-1997, *M.S. c/ Suède*, D. 2000 p 521 n. I. Laurent-Merle.

⁴ Civ. 1^o, 8-12-1998, JCP 99, I, 189 n^o10 obs. R. Le Guidec ; *Dr. famille* 99 n^o 32 obs. B. Beignier ; RTDC 2000 p 148 obs. J. Patarin.

de son don pour le cas où une utilisation différente de la transfusion serait envisagée (que ce soit par exemple pour un usage scientifique, génétique, industriel ou encore artistique) ¹.

357- Lorsque la justification initiale de l'atteinte n'est plus qu'un faux-semblant, il convient de se prononcer sur le sort de l'acte juridique pour l'avenir. En matière d'usage du nom du mari par l'ex-épouse, la voie de la *caducité* est proposée pour réagir à la disparition de l'intérêt en raison duquel la convention avait été passée ². Il n'est pas sûr que ce choix soit juridiquement le plus adéquat, et en tous cas qu'il soit généralisable à l'ensemble des hypothèses de la recherche, car la caducité suppose en principe la survenance d'un événement fortuit et indépendant de la volonté de l'auteur de l'acte. En outre, la caducité est traditionnellement rejetée dès lors que l'acte litigieux a déjà subi un commencement d'exécution ³. Les cas seront donc peut-être plus fréquents où la sanction prononcée sera la *résiliation*. Celle-ci vise les contrats successifs partiellement exécutés et, intervenant lors de la disparition d'un élément essentiel à la formation de l'acte ⁴, elle paraît adéquate pour réagir à la disparition d'une condition essentielle à la licéité d'une atteinte aux droits fondamentaux.

Il ne faut pas exclure non plus que puisse être prononcée la *déchéance* des droits du "créancier" de l'atteinte aux droits fondamentaux. Le créancier perdra ses droits dès lors qu'on pourra lui imputer le manquement ayant affecté les motifs de l'atteinte et détruit la cause initiale de cette dernière ⁵. Il convient en outre de mentionner le risque de condamnation pénale auquel s'expose la personne à l'origine de la violation de l'obligation de respecter la justification primitive de l'atteinte. Par exemple, dans un domaine qui suscite les angoisses les plus vives, l'article 226-26 du Code pénal sanctionne « le fait de *détourner de leurs finalités* médicale ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques ».

¹ En ce sens : I. Moine, Les choses hors commerce, Une approche de la personne humaine juridique, LGDJ, 1997, n° 586. Plus largement sur le droit de destination, entendu comme le droit de contrôler l'usage, v. F. Pollaud-Dulian, Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur, LGDJ, 1989 ; J.-Ch. Galloux, L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ?, D. 1999 chron. p 13.

² E.K., Répertoire civil, V° Divorce, conséquences, 1989, n° 41. C'est la sanction retenue lorsque l'ex-épouse se remarie : TGI Paris 10-2-1981, JCP 81, II, 19624 n. D. Huet-Weiller. On peut contester, avec l'annotatrice de ce jugement, que dans cette hypothèse la caducité soit prononcée de plein droit, car si la justification de la convention de survie réside dans la renommée acquise par l'épouse sous le nom du premier mari, cet intérêt perdure malgré le remariage.

³ Sur ces principes : Y. Buffelan-Lanore, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ, 1963, p 155s.

⁴ Cf. là encore sur ces points : Y. Buffelan-Lanore, *op. cit.*, p 136 et 139.

⁵ On utilise ici les propos de O. Sautel, Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause), D. 1999, chron. p 487, spéc. n° 9.

Conclusion du Chapitre II.

357 bis- Même si l'on a pu y apporter quelques nuances, le sentiment général demeure qu'une atteinte aux droits fondamentaux qui a été jugée licite ne semble pas devoir être soumise à un régime exorbitant du droit commun. La prétendue révocabilité du consentement renvoie ainsi plus ou moins en réalité au caractère non substantiel, non perpétuel, de l'atteinte envisagée initialement¹ ; or cette caractéristique aura déjà été examinée, et affirmée, si le contrôle de validité de l'acte juridique a été correctement effectué jusqu'à son terme.

Quant au nécessaire respect de la justification initiale de l'atteinte, il peut être dans la majorité des cas rattaché à une question devenue classique, même si elle est encore contestée, qui est l'exigence de permanence de la cause².

Au total, les contraintes entourant l'acte qui a été jugé licite sont donc beaucoup moins lourdes que celles le frappant pour décider de sa validité initiale. Ce constat ne présente rien de très original, surtout si on le met en parallèle avec ce qu'écrivait un auteur en 1939 : lors de l'exécution du contrat, le contrôle social doit se montrer réservé, « sous peine de retirer leur efficacité aux obligations contractuelles qu'il frapperait alors de manière sournoise et imprévue »³.

¹ Cf. de manière symptomatique D. Cohen et L. Gamet (*Loft Story : le jeu-travail*, Dr. social 2001 p 791), qui écrivent qu'on ne pourra pas opposer au participant « la caractère irrévocable, **en d'autres termes perpétuel**, de l'abandon de son droit à l'image et de son droit à la vie privée ».

² Sans faire appel au droit des obligations, il est tentant de solliciter Locke, qui écrivait, certes dans la perspective de rapports verticaux Etat-individus : « tout pouvoir n'étant confié qu'avec la mission d'atteindre une certaine fin – et étant limité par cette fin – toutes les fois que celle-ci est manifestement négligée (...), la mission de confiance doit nécessairement cesser, et le pouvoir revient entre les mains de ceux qui l'avaient donné » (*Le second traité du gouvernement*, (1689), trad. J.-F. Spitz et Ch. Lazzeri (collab.), PUF, 1994, n° 149).

³ P. Louis-Lucas, *L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé*, in *Etudes H. Capitant*, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1939), p 469s, spéc. p 488.

Conclusion du Titre 2.

358- Les suites du contrôle des actes juridiques attentatoires aux droits fondamentaux dépendent étroitement de l'application des étapes de ce contrôle.

Lorsque l'acte contesté ne pouvait prétendre reposer sur la satisfaction d'un intérêt légitime et réel venant justifier l'atteinte infligée, il doit être frappé de nullité absolue ¹, la nature de cette sanction n'étant pas inconciliable avec le refus d'en accorder l'exercice à celui qui a sans raison dépouillé autrui de l'exercice entier de ses droits fondamentaux ². Si le principe d'une atteinte aux libertés était parfaitement justifié au titre de la première étape, seul le *quantum* de l'acte choisi étant excessif, le juge aura la possibilité de procéder à une réduction de la stipulation. L'atteinte jugée substantielle lors de la troisième étape appelle quant à elle une sanction radicale, là encore la nullité absolue. Selon les demandes du plaideur et le type d'atteinte, une indemnisation peut toujours s'avérer plus efficace que les autres sanctions.

L'acte licite au regard des différentes exigences induites par le contrôle proposé ne doit pas appeler une suspicion particulière, même si l'on sent bien qu'il ne faut pas se satisfaire d'un respect purement momentané de conditions de licéité aussi rigoureuses soient-elles. L'intérêt à l'atteinte devra ainsi perdurer ³. Quant à la persistance du consentement, elle constitue une fausse exigence, tout comme l'existence du consentement représentait une condition trompeuse quant à la licéité initiale de l'atteinte. Dès lors que le contrôle proposé est correctement effectué (vérification du caractère non substantiel notamment), il est même inutile de proposer la création d'un délai de "réflexion-rétractation" pour tout acte heurtant le bloc de fundamentalité, perspective qui poserait d'ailleurs d'inextricables difficultés quant à son champ d'application, toute stipulation réduisant de près ou de loin la liberté de l'individu.

¹ V. par exemple s'agissant des clauses d'inaliénabilité : R. Marty, De l'indisponibilité conventionnelle des biens, LPA 21-11-2000 p 4.

² P. Voirin, n. sous Nancy 11-2-1931, DP 32, 2, 17 : « une nullité dont l'exercice est refusé à telle ou telle personne ne cesse pas pour autant et nécessairement d'être une nullité absolue ».

³ Les caractères proportionné et non substantiel de l'atteinte ayant été retenus à l'issue d'une analyse nécessairement prospective (effets attendus de l'acte), leur éventuelle évolution est logiquement traitée par la jurisprudence au stade des étapes du contrôle, comme une carence dans l'appréhension des potentialités de l'acte sur le droit fondamental considéré. Souhaiter qu'une telle évolution appelle le prononcé par le juge d'une sorte de caducité de l'acte aurait le mérite de corriger l'impression qu'un changement postérieur à la conclusion du contrat est abusivement traité sous l'angle de la validité de ce dernier, mais cela remettrait en cause le fait que la licéité d'une atteinte dépend en partie de l'anticipation correcte de ses effets sur la liberté du sujet.

Conclusion de la Seconde Partie.

358 bis- Que ce soit pour surveiller l'exécution d'une atteinte licite portée aux droits fondamentaux, pour sanctionner un acte illicite au regard du respect dû à ces derniers, ou encore en amont pour se prononcer sur la licéité de l'atteinte infligée au bloc de fondamentalité, le juge est omniprésent. Il est l'élément clef dans la mise en œuvre du contrôle suggéré. Cela conduit naturellement à apprécier le pouvoir ainsi conféré à l'autorité juridictionnelle ¹.

Il convient d'abord de remarquer, et l'observation est parfaitement triviale, que le juge ne sera pas systématiquement saisi ; seul un effet de loupe laisse à penser qu'il est omniprésent. En outre, la formation d'une jurisprudence relative aux actes juridiques attentatoires aux droits fondamentaux ne peut que contribuer à changer petit à petit les mentalités des cocontractants et à façonner leur activité normative ², en sorte que celle-ci respectera toujours plus l'autorité attachée aux libertés humaines. Certes, tant que l'évolution ne sera pas achevée, le juge devra inévitablement préciser au cas par cas les conditions de licéité des actes lésant les droits fondamentaux. Le développement d'une casuistique est inéluctable dès lors que les normes internationales comme constitutionnelles s'abstiennent d'indiquer avec précision les hypothèses concrètes dans lesquelles la limitation des droits énoncés ne trahit pas la protection instituée. Si la loi ne le fait pas non plus, il appartient bien au juge de préciser dans quelles conditions une atteinte aux libertés s'avère acceptable. Face à la défiance qu'un tel pouvoir est susceptible d'inspirer, on peut cependant à l'instar de Ripert défendre les « nuances infinies » découlant de la dialectique juridictionnelle, et se demander si le progrès du droit ne consiste pas justement « dans cette appréciation par le juge de la

¹ Sur le sujet, v. M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Trad. R. David, éd. Economica, 1990. Cf. également A. Sauviat (Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé, LPA 26-10-2000, p 9), qui précise le rôle du juge ordinaire dans l'application de la jurisprudence et des normes constitutionnelles, tout en soulignant « l'inconnue de cette construction : la légitimité des juges ordinaires à mener une telle entreprise ».

² De manière générale, « le Droit a sur les mentalités une influence de structure et de dressage » : E. Picard, *Les constantes du droit, institues juridiques modernes*, éd. Flammarion, 1921, p 222. Afin que cette conception n'apparaisse pas trop théorique, voire naïve, il faudrait sans doute que les solutions jurisprudentielles soient mieux diffusées auprès des non-juristes. Plus largement, cela suppose une éducation qui sensibilise « chaque individu à ses responsabilités à l'égard du respect des droits de l'homme » (article 34 de la Résolution II adoptée par la Conférence ministérielle sur les droits de l'homme, Rome 3 et 4 novembre 2000, Bull. d'information sur les droits de l'homme n° 50, Conseil de l'Europe, 2000). Il ne peut y avoir d'esprit de solidarité sans éducation : D. Colard, *Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme*, in P. Meyer-Bisch (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, CERF/éd. universitaires de Fribourg, 1989, p 17s, spéc. p 33.

moralité des actions humaines »¹. Ce dernier peut ainsi accomplir sa mission ordinaire, qui est de protéger les libertés entre personnes privées².

Il conviendrait seulement que dans sa tâche, le juge adopte une démarche constante, et en ce sens prévisible pour les justiciables. On a encore trop souvent l'impression que lorsque les juridictions sanctionnent une atteinte aux droits fondamentaux, elles le font de manière désorganisée. Elles laissent rarement entrevoir l'existence d'un raisonnement fluide, maîtrisé, standard ; parfois la démarche semble plutôt hasardeuse, en raison il est vrai d'un corps de règles éclaté en la matière. Cette impression de tâtonnements peut susciter chez le plaideur un sentiment d'incompréhension de la décision, par exemple quand appelé par ce dernier à se prononcer sur le caractère proportionné d'une atteinte, le juge semble répondre "à côté", en soulignant le caractère justifié et non substantiel de celle-ci³. Il serait souhaitable que soit adopté de manière ferme, voire mécanique, le raisonnement à trois temps proposé, ce qui aurait au moins l'avantage d'accoutumer les justiciables, qui ne pourraient plus dénoncer le caractère imprévisible de la dialectique judiciaire⁴.

¹ G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd. 1949, n^o 205. En matière contractuelle, la recherche de la « moralité » est toujours d'actualité et passe par l'application du principe de proportionnalité : v. sur ce point J.-L. Baudoin, Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois, in Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 29.

² J.-P. Costa, Le juge et les libertés, Pouvoirs 1998, n^o 84, p 75s, spéc. p 84. L'auteur souligne qu'une société dans laquelle le juge serait prié de ne pas se mêler des libertés « serait une jungle impitoyable » (p 87).

³ C'est l'impression première que donne la lecture d'une décision relative à une clause de non-concurrence : Soc. 25-3-1998, Bull. civ. V, n^o 176. A l'analyse cependant, la haute juridiction n'a fait qu'approuver la réduction de la durée d'application de la clause effectuée par les juges du fond, ce qui rendait sans objet la critique de disproportion et de déséquilibre. Elle a ensuite pris le soin de vérifier si les autres conditions de licéité de l'atteinte étaient remplies, en soulignant que la salariée représentait un risque sérieux de concurrence et qu'elle n'était pas empêchée d'exercer une activité conforme à sa formation.

⁴ Ils leur resteraient le loisir de discuter *au fond* les solutions rendues par le juge. En effet, la doctrine ne manque pas de souligner, par exemple, « l'imprévisibilité du *résultat* du contrôle de proportionnalité » (v. récemment I. Cornesse, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001, n^o 408s).

CONCLUSION GENERALE

359- « Quel que soit leur support normatif, constitutionnel ou conventionnel, les droits fondamentaux, en tant qu'instrument juridique, deviennent opératoires, dans l'ensemble du champ juridique »¹. Quelle que soit leur nature, unilatérale ou conventionnelle, réglementaire ou individuelle, les actes juridiques, lorsqu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux, doivent être soumis à un contrôle standardisé tenant compte de la prééminence de ce bloc de fundamentalité, serait-on tenté d'ajouter. Les relations interindividuelles ne peuvent demeurer à l'écart de l'emprise des normes supérieures garantissant les libertés, même si celles-ci ont été à l'origine consacrées en réaction aux lésions d'origine étatique².

L'exposition du droit privé à l'action des droits fondamentaux peut s'expliquer par la théorie de l'effet horizontal de ces derniers, mais ce phénomène constitue peut-être simplement la conséquence la plus achevée de la primauté et de l'effet direct des normes énonçant de tels droits. En ce sens, la soumission des actes juridiques privés au respect des libertés correspond finalement à la traduction entre particuliers d'un phénomène plus général lié à la constitutionnalisation et à l'internationalisation des différentes branches du droit³. En outre, les blocs de constitutionnalité et de conventionnalité s'imposant au législateur et à l'autorité administrative, il ne peut en être autrement à l'égard des personnes privées.

Le joug du bloc de fundamentalité ainsi formé n'a pourtant rien de totalement paralysant pour l'autonomie de la volonté, car les droits fondamentaux eux-mêmes ne sont pas absolus, pas plus que l'ordre public supérieur auquel ils appartiennent⁴. Pour s'en convaincre, il suffit à cet égard de considérer la jurisprudence développée par les hautes juridictions gardiennes de nos libertés⁵. Celles-ci tolèrent certaines atteintes aux droits

¹ B. Mathieu et M. Verpeaux, Avant-propos, *in* La constitutionnalisation des branches du droit, Congrès de l'AFC, Dijon, 14/16-6-1996, éd. Economica, 1998, p 7.

² V. sur ce point R. Nerson, De la protection de la personnalité en droit privé français, *in* Protection de la personnalité, Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Madrid, 4/10-6-1959, éd. Dalloz, 1963, p 60.

³ Parler de constitutionnalisation d'une branche du droit c'est constater que cette branche « est sous l'emprise des droits fondamentaux, de la protection des droits et libertés, donc du droit constitutionnel ainsi entendu » : S. Guinchard, Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *in* Mélanges P. Draï, éd. Dalloz, 2000, p 355s, spéc. p 361. Quant à l'internationalisation du droit, on songe plus particulièrement ici à son européanisation.

⁴ J.-P. Gridel, Introduction au droit et au droit français, Dalloz, 2^o éd. 1994, p 419 : « qu'ils prennent la dénomination technique de droits de l'homme, de droits de la personnalité, de libertés publiques, de libertés et droits fondamentaux, les droits de la personne humaine sont des droits supérieurs, non des droits absolus ».

⁵ Pour S. Guinchard (article précité, p 357), sont ici visés le Conseil Constitutionnel, les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Il ne faudrait pas oublier le Conseil d'Etat qui, selon la doctrine, a voulu se placer au premier rang des juridictions gardiennes des droits fondamentaux en rendant ses arrêts sur le lancer de nain (*supra* n^o 108s) :

fondamentaux, pourvu que ces limitations obéissent à certaines règles, véritables canons de la "légalité fondamentale".

La voie ainsi tracée par le Conseil Constitutionnel, et largement issue de la jurisprudence administrative, ne saurait être ignorée par le juge judiciaire, au moins lorsque ce dernier manie des droits fondamentaux issus du bloc de constitutionnalité. Quant à la méthode, au demeurant similaire, adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme comme par la Cour de justice des Communautés européennes, elle s'imposera de gré ou de force au juge interne, dès lors que les situations que celui-ci appréhende peuvent être soumises au respect de la CEDH et peut-être demain à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹. Bref, les enseignements convergents de ces organes spécialisés dans la protection des libertés méritent d'être étendus aux actes juridiques privés, quels que soient la nature et le domaine de ces derniers. Les soumettre à un contrôle en trois étapes devrait devenir un automatisme.

360- Parce que les actes juridiques qui minent les libertés sont *a priori* suspects², ils doivent tout d'abord reposer sur une justification louable et sincère, propre à excuser leur "déviance"³. L'intérêt mis en avant pour exonérer l'atteinte doit s'avérer légitime. Il convient en effet qu'une raison valable soit produite, qui puisse par principe soutenir une aliénation du droit considéré. Cette justification ne doit cependant pas demeurer purement formelle. Il s'agit de vérifier que concrètement une atteinte à la liberté s'imposait pour garantir le but visé.

Parce que les droits fondamentaux ne sauraient être inutilement bradés et excessivement amoindris, la stipulation précisément adoptée doit en second lieu s'en tenir à une lésion proportionnée eu égard à l'intérêt recherché. Il convient de s'assurer du caractère indispensable de l'atteinte édictée, notamment en ce qui concerne son ampleur. Il doit en

G. Lebreton, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, in Mélanges P. Gélard, éd. Montchrestien, 1999, p 53s, spéc. p 62.

¹ Pour l'instant, selon l'article 51, al. 1, de la Charte, ses dispositions s'adressent aux Etat membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

² L'intangibilité de principe des libertés doit guider l'interprète en présence d'une restriction : A. Mazeaud, Proportionnalité en droit social, in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, Colloque Paris V du 20-3-1998, LPA 30-9-98 p 64.

³ « La liberté est l'objet suprême du droit. Toute diminution de celle-ci demande une excuse (...) » : Carter, cité par Ph. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.), éd. Matot-Braine, 1953, n° 14.

outre exister un bilan raisonnablement équilibré entre l'intensité de la lésion observée et le degré de satisfaction de l'intérêt poursuivi ¹.

Enfin, et il s'agit là d'une règle de bon sens, une atteinte ne peut jamais nier complètement un droit fondamental. Si la substance d'un tel droit venait à être bafouée, c'est l'autorité même du bloc des libertés qui serait violée. On ne saurait tolérer un acte supprimant toute possibilité d'exercice d'un droit, pas plus que celui qui, sous couvert d'une simple limitation, aboutirait en réalité à une paralysie totale de la prérogative considérée. Dans les deux cas, l'atteinte drastique doit être annulée ou, au moins, donner lieu à une forte indemnisation.

361- Que penser au total de cette promotion horizontale des droits fondamentaux ? D'abord, il faut en prendre acte, car elle ne saurait désormais être niée. Si tant est que la notion ait pu à une époque être jugée juridiquement creuse et sans intérêt, elle est à présent opérationnelle ². On dit des droits fondamentaux qu'ils sont devenus incontournables ³ et on s'inquiète même pour leur avenir du fait du « surinvestissement du sujet »⁴.

De façon très banale, il convient certainement ensuite de se féliciter de l'application concrète, au jour le jour, entre simples particuliers, d'un ensemble de valeurs humainement salutaires pour l'Etat de droit ⁵. Pour autant, faut-il éprouver face à ce phénomène « une satisfaction béate »⁶ ? A l'évidence non, et au moins pour une raison purement tactique : les

¹ En droit du travail, on a pareillement regroupé les différentes applications de la proportionnalité en deux catégories : d'une part, un rapport de confrontation entre les moyens d'action et le but recherché, d'autre part, un rapport de confrontation entre les avantages et les inconvénients (v. I. Cornesse, *op. cit.*, n° 179s et 211s).

² Y. Madiot, La protection internationale de la personne, *in* La personne humaine, sujet de droit, 4° Journées R. Savatier, Poitiers, 25/6-3-1993, PUF, 1994, p 173s, spéc. p 206.

³ P. Gélard, Rapport de synthèse, *in* G. Lebreton (dir.), Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996, Journée d'études du Havre du 15-5-1997, éd. L'Harmattan, 1998, p 211.

⁴ M.-T. Meulders-Klein, La personne, la famille et le droit, Trois décennies de mutation en occident, Bruylant-LGDJ, 1999, p 525, qui craint l'appauvrissement des droits de l'homme.

⁵ Seront sans doute plus sceptiques ceux pour qui « les perpétuelles incantations que suscite l'Etat de droit (...) sous l'influence conjuguée du kelsénisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne fédérale (...) sont lassantes » : F. Terré, Conclusions, *in* G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, colloque Rennes 20/1-9-1996, Economica, 1999, p 401s, spéc. p 409. Cf. également J. Mourgeon, qui estime que l'objet de l'Etat de droit se situe ailleurs que dans l'épanouissement et la préservation de la liberté (« il consiste en l'enserrement de toute conduite dans le carcan du Droit par une multiplication de contrôles entrecroisés (...) » : J. Mourgeon, Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté, *in* Mélanges Y. Madiot, éd. Bruylant Bruxelles, 2000, p 391s, spéc. 401).

⁶ Y. Madiot, Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1998, p 206, à propos de la reconnaissance des droits de l'homme. Cf. également C. Labrusse-Riou (Droit de la personnalité et de la famille, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), Libertés et droits fondamentaux, éd. Seuil, 1996, p 269s, spéc. p 292), qui se demande « si un peu plus de scepticisme ne serait pas bienvenu ».

libertés s'invitant dans la plupart des actes juridiques ¹, chacun d'entre nous sera sans doute conduit à être tantôt le perdant, tantôt le bénéficiaire, de la suprématie des droits fondamentaux ². Le donataire qui aujourd'hui peut se soustraire aux conditions illicites d'un legs, est le même qui demain se sentira floué dans sa liberté de transmettre son bien aux conditions qu'il souhaite ; le jeune locataire qui souffre des clauses inamicales imposées par son bailleur, deviendra peut-être à son tour un propriétaire soucieux de protéger son investissement par des stipulations restrictives des libertés du preneur. Les acquis d'aujourd'hui sont les contraintes de demain.

Plus juridiquement, il est sans doute inévitable de transposer aux droits fondamentaux les inquiétudes suscitées par la "pulvérisation" du droit objectif en droits subjectifs "pullulants", déduits de proclamations individualistes et universalistes auxquelles le législateur et le juge sont tenus de donner force positive ³. Face à une telle débauche de prérogatives concurrentes, on peut agiter « le spectre de la société contentieuse »⁴, et le blocage du système juridique qui s'ensuit. Pourtant, à cet égard, s'il est vrai qu'il n'y a plus d'Etat de droit « dans une société paralysée par l'abus de l'esprit contentieux », le contentieux n'en reste pas moins le moyen de « réaliser l'Etat de droit dans la société civile »⁵. L'accès au prétoire constitue la rançon de l'effectivité des libertés. Il conviendrait seulement, ici comme ailleurs, que chacun fasse preuve de mesure dans ses actes, la raison proportionnée étant la meilleure alliée de la sauvegarde des droits fondamentaux ⁶.

¹ « Tout contrat limite la liberté des parties » : P. Ancel, L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité, Th. Dijon, 1978, n° 251.

² « L'objectif du droit est toujours d'assigner aux contrats les limites sans lesquelles les contractants seraient *tour à tour maîtres ou esclaves* » : C. Labrusse-Riou, De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, in Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 499.

³ Les formules sont de J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996, p 121 et 124. Elles sont reprises par P. Catala, A propos de l'ordre public, in Mélanges P. Drai, précité, p 511s, spéc. p 521. Cf. également A. Bolze (n. sous Civ. 1°, 10-2-1998, JCP (N) 98 p 1626), qui parle de « l'expansion échevelée des droits subjectifs ». Dès 1964, le Conseiller d'Etat R. Maspétiol avait évoqué le « grouillement des petits droits subjectifs des individus, s'agitant, s'annihilant et se détruisant les uns les autres dans la plus extrême confusion au cours d'une lutte incessante et toujours reprise » (Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie, in Arch. phil. droit 1964, t. IX, p 71s, spéc. p 75).

⁴ Titre de la contribution de L. Cadiet aux Ecrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p 29.

⁵ F. Terré, Etat de droit ou société contentieuse ?, in J. Foyer (prés.), Les abus du juridisme, Colloque Académie des sciences morales et politiques, 14 novembre 1995, L'institut, 1997, n°6, p 21.

⁶ V. plus largement J. Habermas, La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme de John Rawls, in J. Habermas et J. Rawls, Débat sur la justice politique, trad. R. Rochlitz, éd. du Cerf, 1997, p 9.

BIBLIOGRAPHIE

" Les droits et libertés fondamentaux transcendent
les clivages disciplinaires. Donc, tous les apports
doctrinaux, d'où qu'ils viennent, sont les bienvenus "
(L. Favoreu, Droit constitutionnel, Dalloz, 2° éd. 1999)

1/ Ouvrages généraux.

- ARDANT Ph.**, Les textes sur les droits de l'homme, PUF Que sais-je ?, 2° éd. 1993
- ARISTOTE**, Ethique à Nicomaque, trad. J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, 4° éd. 1979
- ATIAS Ch.**,
La copropriété des immeubles bâtis dans la jurisprudence, Librairies Techniques, 1979
Les personnes, les incapacités, PUF droit fondamental, 1985
Philosophie du droit, Puf Thémis, 1999
- AUBERT J.-L.**, Le contrat, Dalloz Connaissance du droit, 1996
- AUBERT J.-L., FLOUR Y. et SAVAUX E.**, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, A. Colin, 1999
- AUBY J.-M.**, Le droit de la santé, Puf Thémis, 1981
- AUBY J.-M. et DRAGO R.**, Traité de contentieux administratif, t. 1, LGDJ, 1984
- AUTEXIER Ch.**, Introduction au droit public allemand, Puf, 1997
- BACH L.**, Droit civil, t. 1, Sirey, 13° éd. 1999
- BARTHOLY M.-C. et ACOT P.**, Philosophie épistémologie, précis de vocabulaire, éd. Magnard, 1975
- BATIFFOL H.**, Problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ, 1979
- BAUDRILLARD J.**, La guerre du golfe n'a pas eu lieu, éd. Galilée, 1991
- BEIGNIER B.**,
Le droit de la personnalité, PUF, 1992
Droits fondamentaux et règles principales du procès civil, Montchrestien, 3° éd. 2000
- BERCIS P.**, Libérer les droits de l'homme, éd. de l'Atelier /éd. Ouvrières, 2000
- BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CIMAMONTI S.**, Les biens, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2000
- BERGER V.**, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 7° éd. 2000
- BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, Cours de droit civil français, t. 8, 2° éd. 1936
- BOULOIS J. et CHEVALLIER R.-M.**, Grands arrêts de la CJCE, t. 1, Dalloz, 6° éd. 1994
- BRAIBANT M.**, Le droit administratif français, éd. Dalloz, 1984
- CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET Th. (dir.)**, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 7° éd. 2001
- CAILLOSSE J.**, Introduire au droit, éd. Montchrestien, 3° éd. 1998
- CAMERLYNCK G.H. (dir.)**, Droit du travail,
t. 4, L'entreprise, par N. Catala, éd. Dalloz, 1980
t. 9, Les juridictions du travail, par A. Supiot, éd. Dalloz, 1987
- CAPITANT H.**, De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs), Dalloz, 2° éd. 1924
- CAPPELLETTI M.**, Le pouvoir des juges, Trad. R. David, éd. Economica, 1990
- CARBONNIER J.**,
Droit civil, Introduction, PUF, 22° éd. 1994 et 25° éd. 1997
Droit civil, Les personnes, PUF, 20° éd. 1996 et 21° éd. 2000
Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 20° éd. 1999
Droit civil, Les obligations, PUF, 22° éd. 2000

- Droit et passion du droit sous la Vè République, Flammarion, 1996
- CHALARON Y.**, Négociation et accords collectifs d'entreprise, Litec, 1990
- CHAPUS R.**, Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 13^e éd. 1999
- CHARVIN R.** et **SUEUR J.-J.**, Droits de l'homme et libertés de la personne, Litec, 2^e éd. 1997
- CHARTIER Y.** et **MESTRE J.**, Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés, éd. PUF, 1988
- CHEVALLIER J.**, L'état de droit, Montchrestien, 2^e éd. 1994
- CLIQUENNOIS M.**, La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français, vade-mecum de pratique professionnelle, L'Harmattan, 1997
- COHEN-JONATHAN G.**,
La Convention européenne des droits de l'homme, Economica, 1989
Aspects européens des droits fondamentaux, préparation au C.R.F.P.A., Montchrestien, 2^e éd. 1999
- COLIN A.** et **CAPITANT H.**, par L. **JULLIOT DE LA MORANDIÈRE**, Traité de Droit civil, Introduction générale, Institutions civiles et judiciaires, Personnes et Famille, éd. Dalloz, 1957
- COLLIARD Cl.-A.**, Libertés publiques, Dalloz, 7^e éd. 1989
- CORNU G.**,
Droit civil, introduction, les personnes, les biens, Montchrestien Domat, 9^e éd. 1999
Vocabulaire juridique, (dir.), PUF, 8^e éd. 2000
- COT J.-P.** et **PELLET A.** (dir.), La Charte des Nations Unies, commentaire article par article, Economica, 2^e éd. 1991
- COULOMBEL P.**, Introduction à l'étude du droit et du droit civil, LGDJ, 1969
- CUBERTAFOND B.**, La création du droit, éd. Ellipses, 1999
- CUVILLIER A.**, Nouveau précis de philosophie, t. 2, L'action, éd. A. Colin, 5^e éd. 1968
- DABIN J.**,
Le droit subjectif, Dalloz, 1952
Théorie générale du droit, Dalloz, 1969
- DELMAS-MARTY M.**, Le flou du droit, du Code pénal aux droits de l'homme, PUF, 1986
- DELMAS-MARTY M.** et **LUCAS DE LEYSSAC C.** (dir.), Libertés et droits fondamentaux, éd. Seuil, 1996
- DELSOL Ch.**, Le souci contemporain, éd. Complexe, 1996
- DELVOLVÉ P.**, L'acte administratif, éd. Sirey, 1983
- DEMOGUE R.**, Traité des obligations en général, I, Sources des obligations, t. II, Librairie Rousseau, 1923
- DE MUNCK J.**, **LENOBLE J.** et **MOLITOR M.** (dir.), L'avenir de la concertation sociale en Europe, Univ. de Louvain, 1995
- DE SCHUTTER O.** et **VAN DROOGHENBROECK S.**, Droit international des droits de l'homme devant le juge national, Larcier, 1999
- DIJON X.**, Droit naturel, t. 1, Les questions du droit, PUF Thémis, 1998
- DRAGO G.**, Contentieux constitutionnel français, PUF Thémis, 1998
- DUPUY P.-M.**, Droit international public, Dalloz, 5^e éd. 2000
- DURAND P.** et **JAUSSAUD R.**, Traité de droit du travail, t. I, éd. Dalloz, 1947
- EISENMANN Ch.**, Cours de droit administratif, 2 tomes, LGDJ, 1982/3
- ERGEC R.**, Introduction au droit public, t. II, Les droits et libertés, éd. Story-Scientia, 1995
- EWALD F.**, L'Etat providence, Grasset, 1986
- FAVOREU L.** (coord.),
Droit constitutionnel, Dalloz, 2^e éd. 1999
Droit des libertés fondamentales, Dalloz, 2000
- FAVOREU L.** et **PHILIP L.**, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, éd. Dalloz, 10^e éd. 1999
- FAVRET J.-M.**, Droit et pratique de l'Union européenne, éd. Gualino, 2^e éd. 1999
- FLOUR J.**, **AUBERT J.-L.** et **SAVAUX E.**, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, A. Colin, 9^e éd. 2000
- FOUCAULT M.**, "Il faut défendre la société", 1976, Seuil/Gallimard, 1997
- FRANCK Cl.**, Droit Constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence, PUF Thémis, 1978
- FROMONT M.** et **RIEG A.** (dir.), Introduction au droit allemand (République fédérale), t. II, Droit public-Droit pénal, Cujas, 1984

- GAUDU F.**, Le contrat de travail, Dalloz, 1996
- GAUCHET M.**, La révolution des droits de l'homme, Gallimard, 1989
- GENEVOIS B.**, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs, éd. STH, 1988
- GÉNY F.**, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, LGDJ, 2° éd. 1954, nouveau tirage
- GHESTIN J.**, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 3° éd. 1993
- GHESTIN J.** et **GOUBEAUX G.**, avec le concours de M. **FABRE-MAGNAN**, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 4° éd. 1994
- GOUBEAUX G.**, Les personnes, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1989
- GREWE C.** et **RUIZ FABRI H.**, Droits constitutionnels européens, PUF, 1995
- GRIDEL J.-P.**, Introduction au droit et au droit français, Dalloz, 2° éd. 1994
- GRIMALDI M.** (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz, 1998
- HAARSCHER G.**, Philosophie des droits de l'homme, Univ. de Bruxelles, 4° éd. 1993
- HABERMAS J.**, Droit et démocratie, Entre faits et normes, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Galimard, 1997
- HAYEK F.A.**, Droit, législation et liberté, trad. R. Audouin, PUF, 1980
- HEGEL G.W.F.**, Principes de la philosophie du droit, trad. A. Kaan, Gallimard, 1966
- HUET J.**, Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ 1996
- HUISMAN D.** et **VERGEZ A.**, Nouveau court traité de philosophie, Nathan, 1974
- ISAAC G.**, Droit communautaire général, éd. A. Colin, 6° éd. 1998
- ISRAEL J.-J.**, Droit des libertés fondamentales, LGDJ, 1998
- JAVILLIER J.-Cl.**, Droit du travail, LGDJ, 6° éd. 1998
- JOLOWICZ J.A.** (dir.), Droit anglais, Dalloz, 2° éd. 1992
- JOSSERAND L.**,
De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'Abus des Droits, 2° éd. Dalloz, 1939
Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, éd. Dalloz, 1928
- KÄLIN W.** et **BOLZ U.** (éd.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Haupt Staempfli, Berne, 1995
- KAYSER P.**, La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée, *Economica*, 3° éd. 1995
- KELSEN H.**, Théorie pure du droit, 2° éd. 1960, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999
- KERBRAT-ORECCHIONI C.**, L'implicite, éd. A. Colin, 1986
- LABBÉE X.**, Introduction générale au droit, pour une approche théorique, PU du Septentrion, 1998
- LACHANCE L.**, Le droit et les droits de l'homme, PUF, 1959
- LAFOND J.** et **LAFOND F.**, Les baux d'habitation après la loi du 6 juillet 1989, *Litec*, 2° éd. 1994
- LAMBERT-FAIVRE Y.**, Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, Dalloz, 3° éd. 1996
- LARROUMET Ch.**,
Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, *Economica*, 3° éd. 1998
Droit civil, Les obligations, le contrat, t. 3, *Economica*, 4° éd. 1998
- LAVELLE L.**, Traité des valeurs, t. II, Le système des différentes valeurs, PUF, 1955
- LEBRETON G.**, Libertés publiques et droits de l'homme, éd. A. Colin, 4° éd. 1999
- LECLERCQ J.**, Leçons de droit naturel, t. I, Le fondement du droit et de la société, éd. Wesmael, 3° éd. 1947
- LEFEBVRE R.**, Le droit, la justice, la force, éd. Ellipses, 1995
- LEFEBVRE-TEILLARD A.**, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996
- LELEU Y.-H.** et **GENICOT G.**, Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin-patient, éd. De Boeck et Larcier, 2001
- LE SENNE R.**, Traité de morale générale, PUF, 4° éd. 1961
- LINDON R.**, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Dalloz, 1976
- LOCKE J.**, Le second traité du gouvernement, trad. J.-F. Spitz et Ch. Lazzeri (collab.), PUF, 1994
- LOMBOIS Cl.**,
Droit pénal général, éd. Hachette, 1994
Introduction au droit civil, droit des personnes et des biens, éd. Litec, 1997

- LUCAS A.** et **LUCAS H.-J.**, Traité de la propriété littéraire & artistique, Litec, 1994
- LUCHAIRE F.**, La protection constitutionnelle des droits et libertés, Economica, 1987
- LYON-CAEN G.**, **PELISSIER J.**, et **SUPIOT A.**, Droit du travail, Dalloz, 18^e éd. 1996
- MADIOT Y.**, Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1998
- MALAUURIE Ph.**,
Cours de droit civil, Les personnes, les incapacités, Cujas, 5^e éd. 2000
Cours de droit civil, Les successions, les libéralités, Cujas, 4^e éd. 1998
- MALAUURIE Ph.** et **AYNÈS L.**, Cours de droit civil, Les obligations, Cujas, 9^e éd. 1998
- MARGUÉNAUD J.-P.**, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, 1997
- MARITAIN J.**, L'homme et l'Etat, 2^e éd. 1965
- MARTY G.** et **RAYNAUD P.**, Droit civil,
Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 2^e éd. 1972
Les obligations, t. 1, Les sources, Sirey, 2^e éd. 1988
- MATHIEU B.**, Génome humain et droits fondamentaux, ed. Economica, 2000
- MAZEAUD H.**, L. et J. et **CHABAS F.**, Leçons de droit civil, t. II/ 1^o volume, Obligations, théorie générale, éd. Montchrestien, 9^e éd. 1998
- MEULDERS-KLEIN M.-T.**, La personne, la famille et le droit, Trois décennies de mutation en occident, Bruylant-LGDJ, 1999
- MONTESQUIEU**, De l'Esprit des Lois, Œuvres complètes, éd. du Seuil, 1964
- MOUSSERON J.M.**, Technique contractuelle, éd. F. Lefebvre, 2^e éd. 1999
- MÜLLER J.P.**, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, Staempfli Berne, 1983
- OLLERO-TASSARA A.**, Droit "positif" et droits de l'homme, éd. Bière, 1997
- OPPETIT B.**, Philosophie du droit, Dalloz, 1999
- PÉLISSIER J.** (dir.), Droit de l'emploi, Dalloz, 1999
- PICARD E.**, Les constantes du droit, institutes juridiques modernes, éd. Flammarion, 1921
- PLANIOL M.**,
et G. **RIPERT** (collab.) Traité élémentaire de droit civil, t. II, LGDJ, 11^e éd. 1939
par G. **RIPERT** et J. **BOULANGER**, Traité de droit civil, t. II, Obligations et droits réels, LGDJ, 1957
- PY B.**, Le sexe et le droit, Puf, 1999
- RAWLS J.**, Théorie de la justice, trad. C. Audard, éd. du Seuil, 1987
- RENUCCI J.-F.**, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 1999
- RIALS S.**, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Hachette, 1988
- RICHER L.**, Les droits de l'homme et du citoyen, Economica, 1982
- RIDEAU J.**,
Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, LGDJ, 2^e éd. 1996
Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1997, t. 265, Nijhoff, 1999
- RIGAUX F.**,
La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, 1990
La loi des juges, éd. O. Jacob, 1997
- RIPERT G.**,
Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 2^e éd. 1948
La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd. 1949
- RIVERO J.**, Les libertés publiques, t. 1, les droits de l'homme, PUF, 8^e éd. 1997
- ROBERT J.**, Le juge constitutionnel, juge des libertés, éd. Montchrestien, 1999
- ROBERT J.** et **DUFFAR J.**, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, 7^e éd. 1999
- ROLLAND P.**, La protection des libertés en France, Dalloz, 1995
- ROLLAND P.** et **TAVERNIER P.**, La protection internationale des droits de l'homme, Textes, PUF Que sais-je ?, 1^e éd. 1989
- ROUBIER P.**,
Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 1946
Droits subjectifs et situations juridiques, éd. Dalloz, 1963

- SAINT-JOURS Y., DREYFUS M. et DURAND D.**, Traité de la sécurité sociale, tome V, La mutualité, LGDJ, 1990
- SAVATIER R.**,
Du droit civil au droit public, LGDJ, 2° éd. 1950
Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, 3° série, approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, 1959
- SCHMIDT-SZALEWSKI J.**, Droit des contrats, Litec, 1989
- SCHWARZE J.**, Droit administratif européen, Bruylant, 1994
- SÉRIAUX A.**,
Le droit : une introduction, éd. Ellipses, 1997
Droit des obligations, Puf, 2° éd. 1998
- SÉRIAUX A., SERMET L., VIRIOT-BARRIAL D.**, Droits et libertés fondamentaux, Ellipses, 1998
- SIMON D.**, Le système juridique communautaire, Puf, 2° éd. 1998
- SIMONNEAU M.**, Les clauses du contrat de travail, éd. Liaisons, 2000
- SOURIOUX J.-L.**, Introduction au droit, Puf, 2° éd. 1990
- SPIELMANN A. et WEITZEL A.**, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit luxembourgeois, éd. Nemesis, 1991
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.**, Droit civil, les obligations, 2. Contrat, éd. Litec, 6° éd. 1998
- STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B.**, Droit pénal général, Dalloz, 17° éd. 2000
- STIRN B.**, Les libertés en questions, Montchrestien, 1996
- SUDRE F.**, Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, 4° éd. 1999
- TERESTCHENKO M.**, Philosophie politique, 1. Individu et société, éd. Hachette, 1994
- TERRÉ F.**, Introduction générale au droit, Dalloz, 4° éd. 1998
- TERRÉ F. et FENOUILLET D.**, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, éd. Dalloz, 6° éd. 1996
- TERRÉ F. et LEQUETTE Y.**, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11° éd. 2000
- TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y.**, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 7° éd. 1999
- TEYSSIÉ B.**,
Droit du travail, t. 1, Relations individuelles de travail, Litec, 2° éd. 1992
Droit civil, Les personnes, Litec, 3° éd. 1998
- TOCQUEVILLE A.**, De la démocratie en Amérique, coll. Bouquins
- VELU J. et ERGEC R.**, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1990
- VERHOEVEN J.**, Droit de la Communauté européenne, Larcier Bruxelles, 1996
- VILLEY M.**,
La formation de la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit, éd. Montchrestien, 4° éd. 1975
Le droit et les droits de l'homme, PUF, 1° éd. 1983
- VINCENT J. et GUINCHARD S.**, Procédure civile, Dalloz, 24° éd. 1996
- WACHSMANN P.**,
Les droits de l'homme, Dalloz, 2° éd. 1995
Libertés publiques, Dalloz, 2° éd. 1998
- WALINE M.**, L'individualisme et le droit, Domat Montchrestien, 1945
- WITZ Cl.**, Droit privé allemand, t. 1. Actes juridiques, droits subjectifs, éd. Litec, 1992

2/Thèses et monographies.

- ABEN J.**, Les aspects juridiques du SIDA, Th. Montpellier I, 1995
- AGOSTINELLI X.**, Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1994
- ALEXY R.**, Theorie der Grundrechte, Francfort-sur-le-Main, 1986
- ALIPRANTIS N.**, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980
- AMAR-LAYANI B.**, Le contrôle de constitutionnalité de l'acte juridique privé, Th. Toulouse I, 1994

- AMSELEK P.**, Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (essai de phénoménologie juridique), LGDJ, 1964
- ANCEL P.**, L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité, Th. Dijon, 1978
- ARNOUX I.**, Les droits de l'être humain sur son corps, PU de Bordeaux, 1994
- AUBERT J.-L.**, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, 1970
- AZÉMA J.**, La durée des contrats successifs, LGDJ, 1969
- BARLOY F.**, Le contrat et la norme juridique en droit public français, contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat, Th. Montpellier I, 1995
- BENET A.**, Analyse critique du "droit" au respect de la vie privée, contribution à l'étude des libertés civiles, Th. Paris II, 1985
- BERGEAL J.M.**, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, Mémoire Limoges, 1992
- BÉRINGUIÉ C.**, La mise en conformité de l'acte, Th. Toulouse, 1999
- BERRA D.**, Le principe de la libre disposition des biens, Th. Nancy, 1969
- BERTHE A.**, Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'homme, Th. Lille II, 2000
- BLANQUER J.-M.**, Les méthodes du juge constitutionnel, Th. Paris II, 1993
- BORNHAUSER-MITRANI L.**, Droits fondamentaux et vie économique, Th. Paris II, 1997
- BUFFELAN-LANORE Y.**, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ, 1963
- CAPITANT D.**, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, Th. Paris I, 1996
- CASAUX L.**, La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles, LGDJ, 1993
- CHARAF EL DINE**, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, Th. Paris II, 1975
- CLAPHAM A.**, Human Rights in the private sphere, Th. Oxford, Clarendon Press, 1993
- COLLET L.**, La notion de droit extrapatrimonial, Th. Lille 1992
- CORNESSE I.**, La proportionnalité en droit du travail, Litec, 2001
- COUTURIER G.**, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972
- CROZAFON J.-L.**, L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail, Th. Paris I, 1984
- DABIN J.**, La théorie de la cause (Art. 1131-33 du Code civil), Etude d'Histoire et de Jurisprudence, Th. Liège, Bruxelles 1919
- DARMAISIN S.**, Le contrat moral, LGDJ, 2000
- DEBET A.**, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Th. Paris II, 2001
- DECOCQ A.**, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960
- DEFIX S.**, Le concept de droits fondamentaux, contribution à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux, Th. Clermont-Ferrand I, 1999
- DEGUY K.**, Les difficultés d'application en France de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, Mémoire Limoges, 1995
- DELICOSTOPOULOS I.S.**, Un pouvoir de « pleine juridiction » pour la Cour EDH, Harvard J. Monnet Working Paper, 8/1998
- DE MUNAGORRI R.E.**, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, LGDJ, 1996
- DE SCHUTTER O.**, Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens, Bruylant Bruxelles, 1999
- DIJON X.**, Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif, Th. Namur, 1982
- DIPLA H.**, La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme, problèmes d'imputation, éd. A. Pedone, 1994
- DOLE G.**, La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail, Union européenne, I – Droit européen et droit français, LGDJ, 1997
- DRAN M.**, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, LGDJ, 1968
- DREYFUS F.**, La liberté du commerce et de l'industrie, éd. Berger-Levrault, 1973
- DREIFUSS-NETTER F.**, Les manifestations de volonté abdicatives, LGDJ 1985

- DUPUCH S.**, Les droits personnels du salarié face à ses obligations professionnelles, Th. Bordeaux IV, 1995
- DUQUESNE F.**, Les droits du salarié menacé de licenciement, contribution à une recherche sur le régime de la décision en matière de licenciement, Th. Paris XII, 1992
- FAGES B.**, Le comportement du contractant, PUAM, 1997
- FARJAT G.**, L'ordre public économique, LGDJ, 1963
- FIN-LANGER L.**, L'équilibre contractuel, Th. Orléans, 2000
- FOHRER E.**, L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français, Mémoire DEA, Bruylant Bruxelles, 1999
- FRANGI M.**,
L'application des décisions du Conseil constitutionnel et des principes constitutionnels par la Cour de cassation de 1975 à 1985 (vers l'ébauche d'un droit constitutionnel social applicable par le juge judiciaire ?), Mémoire Aix-Marseille, 1986
Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques, PUAM Economica, 1992
- FRISON-ROCHE M.-A.**, Généralités sur le principe du contradictoire, Th. Paris II, 1988
- GALLOUX J.-Ch.**, Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, Th. Bordeaux, 1988
- GARAUD E.**, La transparence en matière commerciale, Th. Limoges, 1995
- GOMAA N.**, Théorie des sources de l'obligation, LGDJ, 1968
- GOMY M.**, Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence, Th. Perpignan, 1997
- GOUNOT E.**, Le principe de l'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Th. Dijon, 1912
- GOURIOU R.**, La photographie et le droit d'auteur, LGDJ, 1959
- GOUT O.**, Le juge et l'annulation du contrat, PUAM, 1999
- GRAMMATIKAS G.**, Théorie générale de la renonciation en droit civil, étude parallèle du droit français et du droit hellénique, LGDJ, 1971
- GUÉGAN J.**, Les méthodes de la Cour de justice des Communautés européennes, Th. Rennes I, 1979
- GUELFUCCI-THIBIERGE C.**, Nullité, restitutions et responsabilité, LGDJ, 1992
- GUGGENHEIM D.**, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, essai d'une théorie générale, LGDJ, 1970
- HAUSER J.**, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, LGDJ, 1971
- HENOT F.**, La renonciation du salarié, Th. Amiens, 1996
- IONESCU O.**, La notion de droit subjectif dans le droit privé, Bruylant Bruxelles, 2^o éd. 1978
- JACQUINOT N.**, Ordre public et Constitution, Th. Aix-en-Provence, 2000
- JAPIOT R.**, Des nullités en matière d'actes juridiques, Th. Dijon, 1909
- JEAMMAUD A.**, Des oppositions de normes en droit privé interne, éd. de l'A.G.E.L., 1975
- JEANNOT-PAGÈS G.**, L'image du sportif en droit français, Th. Limoges, 1996
- JONAS C.**, L'opposition de la personne à l'acte médical, Th. Tours, 1993
- JULLIOT S.**, La protection des libertés individuelles des salariés en droit français, Th. Lyon III, 1991
- KRAJESKI D.**, *L'intuitus personae* dans les contrats, Th. Toulouse, 1998
- LAMBERT E.**, Les effets des arrêts de la Cour EDH, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1999
- LANGENIEUX A.**, Cour EDH et CJCE : une dualité juridictionnelle de la protection des droits de l'homme, Mémoire Limoges, 1999
- LATTES J.-M.**, Le principe de non-discrimination en droit du travail, Th. Toulouse I, 1989
- LE GAC-PECH S.**, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000
- LE NABASQUE H.**, Le pouvoir dans l'entreprise, Th. Rennes, 1985
- LHUILIER G.**, Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise, Th. Paris X, 1993
- LOISEAU G.**, Le nom objet d'un contrat, LGDJ, 1997

- MAJDAK V.**, L'utilisation des principes généraux du droit en droit du travail, Th. Nice, 1993
- MALAURIE Ph.**, Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.), éd. Matot-Braine, 1953
- MARTIN DE LA MOUTTE J.**, L'acte juridique unilatéral, essai sur la notion et sa technique en droit civil, Sirey, 1952
- MARTIN EUDIER F.**, Ordre public substantiel et office du juge, Th. Rouen, 1994
- MAURER B.**, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La documentation française, 1999
- MEYRAT I.**, Droits fondamentaux et droit du travail, Th. Paris X, 1998
- MIRABAIL S.**, La rétractation en droit privé français, LGDJ, 1997
- MOINE I.**, Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique, LGDJ 1997
- MOLFESSIS N.**, Le Conseil Constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997
- MORVAN P.**, Le principe de droit privé, éd. Panthéon Assas, 1999
- MOUTON S.**, La constitutionnalisation du droit, Th. Toulouse I, 1998
- NEAU-LEDUC Ph.**, La réglementation de droit privé, Litec, 1998
- NERSON R.**, Les droits extrapatrimoniaux, Th. Lyon, 1939
- PAPADIMITRIOU C.**, Les libertés individuelles du salarié en France, en Italie et en Grèce, Th. Paris X, 1985
- PÉLISSIER J.**, La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne, Th. Paris II, 1977
- PETER B.**, Des droits fondamentaux en R.F.A. : limitation et protection, Th. Lille II, 1989
- PHILIPPE X.**, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, PUAM Economica, 1990
- PICHERAL C.**, L'ordre public européen, recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, Th. Montpellier I, 1999
- PINEAUD-DEBOUZY D.**, Vers une harmonisation de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Europe, Th. Grenoble, 1992
- PLOUNEVEZ Ch.**, La dignité humaine et le corps humain, Mémoire Limoges, 1998
- POLLAUD-DULIAN F.**, Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur, LGDJ, 1989
- PRIEUR S.**, La disposition par l'individu de son corps, Th. Dijon, 1998
- RACINE J.-B.**, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999
- RAYROUX P.**, Consentement, liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain, Th. Paris II, 1993
- RAVANAS J.**, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978
- RENOUX Th.**, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel, PUAM, 1984
- RIEG A.**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, LGDJ, 1951
- ROCHFELD J.**, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999
- RONTCHEVSKY N.**, L'effet de l'obligation, éd. Economica, 1998
- ROUHETTE G.**, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Th. Paris, 1965
- SAINT-JAMES V.**, La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français, PUF, 1995
- SASSO L.**, Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée de droit allemand, européen et français, Th. Caen, 1999
- SAUVIAT-CANIN A.**, La jurisprudence judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel, Th. Limoges, 1993
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H.A.**, Idéalité et réalité du droit, les dimensions du raisonnement judiciaire, LGDJ, 1980
- SERMET L.**, L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, Th. Aix-Marseille III, 1994
- SERNA J.-Ch.**, Le refus de contracter, LGDJ, 1967
- SERRA Y.**, La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (droit interne et communautaire), Dalloz, 1991

- SIMLER Ph.**, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969
- SIRINELLI P.**, Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, Th. Paris II, 1985
- SPIELMANN D.**, L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Bruylant Bruxelles, 1995
- STOFFEL-MUNCK Ph.**, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, LGDJ, 2000
- SUPIOT A.**, Le juge et le droit du travail, Th. Bordeaux I, 1979
- THULLIER B.**, L'autorisation, étude de droit privé, LGDJ, 1996
- XYNOPOULOS G.**, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité en France, Allemagne et Angleterre, LGDJ, 1995

3/ Articles, chroniques et fascicules.

- ABRAHAM R.**,
Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif, Association pour la fidélité à la pensée du président Cassin, n° 11-1990, p 3
Discussion, *in* Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme, colloque Montpellier des 14 et 15-12-1990, RUDH 91 p 289
- ADAM H.T.**, Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RDP 1953 p 317
- AGOSTINI E.**, La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom, D. 1973, chron. p 313
- AKANDJI-KOMBE J.-F.**, Le développement des droits fondamentaux dans les traités, *in* L'Union européenne et les droits fondamentaux, Journée CEDECE Caen 7-5-1998, Bruylant Bruxelles, 1999, p 31
- ALBANESE F.**, Génétique et droits de l'homme, Ann. européen 1985 p 39
- ALKEMA E.A.**, The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights, *in* Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KG, 1988, p 33
- ALLAND D.**, L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?, RGDIP 1998 p 203
- AL-SANHOURY A.-A.**, Le standard juridique, *in* Etudes en l'honneur de F. Gény, t. II, Librairie Duchemin, 1977, p 144
- AMAUGER-LATTES M.-C.**, La faute du salarié, D. 2001 chron. p 2698
- AMIAUD M.**, Les droits de la personnalité, *in* Travaux H. Capitant, Journées franco-suissees, 1946, t. 2, p 294.
- AMSELEK P.**,
Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique, RDP 1978 p 5
L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann, *in* La pensée de Charles Eisenmann, éd. Economica, 1986, p 31
- ANCEL J.-P.**,
La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation, *in* Mélanges Plantey, 1995, p 65
La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente e la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation 2000
- ARDANT Ph.**,
Les libertés du citoyen dans l'entreprise, introduction au débat, *in* J.-M. Verdier (dir.), L'entreprise et les libertés publiques, Colloque Nanterre des 20/21-11-1981, Dr. social 82 p 428
Les Constitutions et les libertés, Pouvoirs 1998, n° 84, p 61
- ARNAUD A.-J.**,
Repenser un droit pour l'époque post-moderne, Le courrier du CNRS, Les sciences du droit, 4/1990, p 81
Le concept de droits de l'homme, jalons pour la compréhension d'un glissement progressif, *in* M. Delmas-Marty, Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne, Puf, 1992, p 169
- ARNOLD R.**, Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande, *in* Mélanges J. Robert, éd. Montchrestien, 1998, p 463

ATIAS Ch.,

Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé, *RRJ* 1982 p 219

La civilisation du droit constitutionnel, *RFDC* 1991 p 435

AUBERT J.-F.,

Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *in Festschrift W. Kägi, Zurich* 1979, p 1

La Constitution, son contenu, son usage, *Rev. de droit suisse* 1991, II, p 9

AUBERT J.-L.,

La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales, *RTDCom* 1968 p 977

Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble, *RDI* 1995 p 469

AUBERT-MONPEYSSEN Th., Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes, *in Mélanges M. Despax*, p 223

AUBY J.-M., Prescription juridique et production juridique, *in F. Chazel et J. Commaille (dir.)*, Normes juridiques et régulation sociale, *LGDJ*, 1991, p 159

AUGUET Y., « Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité ! », *Dr. et patrimoine* 3/2001 p 33

AUVRET P., Droit du public à l'information et exploitation médiatique de la personnalité d'autrui, *Légipresse* 2000, n° 170, p 33

BACOT G., La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958, *RDP* 1989 p 685

BADINTER R.,

Le droit au respect de la vie privée, *JCP* 1968, I, 2136

Le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux, *in R. Bieber (et. al.)*, Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 152

BADINTER R. et GENEVOIS B., Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport à la VIII^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara, 7/10-5-1990, *RFDA* 1990 p 315

BAILLOD R.,

Le droit de repentir, *RTDC* 1984 p 227

A propos des clauses réputées non écrites, *in Mélanges L. Boyer, Université des sciences sociales de Toulouse*, 1996, p 16

BANDRAC M., L'action en justice, droit fondamental, *in Mélanges R. Perrot*, éd. Dalloz, 1996, p 1

BARBIÈRI J.-F., La révocation des dirigeants sociaux pour la liberté statutaire !, *Cahiers droit de l'entreprise* 2001, n° 3, p 5

BARON Ch.H., Les aspects contractuels de la relation du médecin et du patient en droit américain, *GP* 22-3-2000 p 34

BATIFFOL H., Analogies et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins, *in Mélanges R. Vander Elst, Nemesis*, 1986, p 43

BATTAGLIA F., Le problème du contrat, *Arch. phil. droit* 1940 p 174

BAUDOIN J.-L.,

L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs, *in Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, *Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles*, 1982, p 171

Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois, *in Etudes J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p 29

BECOURT D., La personne face aux médias, *in La protection de la personne face aux médias, Colloque Cour de cassation 4-3-1994, GP 6-9-94* p 982

BEHAR-TOUCHAIS M., Rapport introductif et Conclusion, *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque Paris V du 20-3-1998, *LPA 30-9-98* p 68

BEIGNIER B.,

L'ordre public et les personnes, *in Th. Revet (coord.)*, L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, Dalloz, 1996, p 13

Ordre public et compétence, *in Mélanges L. Boyer, Université des sciences sociales de Toulouse*, 1996, p 99

Vie privée et vie publique, *Arch. phil. droit* 1997, t. 41, p 163

Secret médical et assurance des personnes, *D. 1999 chron.* p 469

- BEIGNIER B.** et **MOUTON S.**, La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction, D. 2001, chron. p 1636
- BELLOIR-CAUX B.**, Des employés sous très haute surveillance, LPA 20-8-1999 p 4
- BÉNABENT A.**, La liberté individuelle et le mariage, RTDC 1973 p 440
- BÉNAR G.**, Vers les droits de l'homme de la quatrième dimension, essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme, in K. Vasak *Amicorum liber*, Bruylant Bruxelles, 1999, p 75
- BERCHON P.**, Atteinte aux droits de la personnalité : causes de justification. sanction, Juris-Classeur civil, Art. 1382 à 1386, Fasc. 133-2, 1990
- BERNHARDT R.** et **PETZOLD H.**, Rapport de la Cour EDH, in Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, IX^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, éd. du Conseil Constitutionnel, 1994, p 659
- BERRA D.**,
Aspects juridiques des problèmes posés par le sida dans les relations de travail, Semaine sociale Lamy, suppl. au n° 416, 4 juill. 1988
Le règlement intérieur à l'épreuve de la jurisprudence, Semaine sociale Lamy, suppl. au n° 425, 26 sept. 1988
- BERTRAND E.**, Le rôle de la dialectique en droit privé positif, D. 1951, chron. p 15
- BERTREL J.-P.**, La cohabitation de la révocabilité *ad nutum* et du contradictoire, une nouvelle illustration de la "théorie du juste milieu" en droit des sociétés, Dr. et Patrimoine 1998, n° 64, p 74
- BIEBER R.**, Introduction, in R. Bieber (et al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 13
- BIGOT Ch.**, Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D. 1998, chron. p 235
- BILLIAU M.**, Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle, in Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 119
- BLAISE H.**,
La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement, Dr. social 1980 p 365
Les conventions de travail, in L. Cadiet (coord.), Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, éd. Economica, 1987, p 49
La rémunération du salarié en cas de maladie, Dr. social 1987 p 731
- BLANC-JOUVAN X.**, Liberté et démocratie syndicales, in Mélanges J. Robert, Montchrestien, 1998, p 49
- BLANQUER J.-M.**, Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ?, in Mélanges J. Robert, éd. Montchrestien, 1998, p 227
- BOBBIO N.**, Kelsen et les sources du droit, Arch. phil. droit 1982, t. 27, p 135
- BON P.**, Les droits et libertés en Espagne, éléments pour une théorie générale, in Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne, Actes du colloque de Bordeaux des 29/30-3-1990, éd. du CNRS, 1991, p 35
- BONASSIES P.**, Une nouvelle source doctrinale du droit français : la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, in Etudes offertes à P. Kayser, T. 1, PUAM, 1979, p 43
- BONNECHÈRE M.**, La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social, Dr. ouvrier 6/1998 p 249
- BORENFREUND G.**, La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel, Dr. social 1992 p 893
- BORGHI M.**, Le noyau intangible des droits culturels (A la recherche d'un critère pour la détermination analytique d'un « minimum vital culturel »), in Etudes J.-F. Aubert, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1996, p 321
- BOSSU B.**, Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre, Dr. social 1994 p 747
- BOUBLI B.**, Exécution du contrat de travail, droit disciplinaire, Juris-Classeur Travail Traité, fasc. 18-40, 1996
- BOULOUIS J.**, La convention collective à l'épreuve du droit communautaire, in Mélanges J. Savatier, PUF 1992, p 79
- BOURETZ P.**, Droits de l'homme, in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), Dictionnaire constitutionnel, PUF 1992
- BOUTEILLE M.**, L'évolution consumériste de la notion d'acte médical, Cahier de droit de l'entreprise 2001, n° 1, p 17

- BOUVERESSE J.**, Rapport de synthèse : des droits, quels droits ?, *in* G. Lebreton (dir.), L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998, éd. L'Harmattan, 2000, p237
- BOYER L.**, La clause de dédit, *in* Mélanges Raynaud, 1985, p 53
- BRACONNIER S.**,
Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme pour le juge administratif, *RJCO* 9/1999 p 45
Faut-il avoir peur de la Cour européenne des droits de l'homme ?, *in* Mélanges Y. Madiot, Bruylant Bruxelles, 2000, p 223
- BRAIBANT G.**, La Charte des droits fondamentaux, *Dr. social* 2001 p 69
- BREDIN J.-D.**, Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé français, *in* Travaux H. Capitant, t. XIII, Les renoncements au bénéfice de la loi, Journées françaises, Dalloz, 1963, p 355
- BRETHE DE LA GRESSAYE J.**, L'apport du droit naturel au droit positif, *in* VII^e Congrès international de droit comparé, Uppsala, éd. Cujas, 1966, p 79
- BRETON A.**, Le nom de l'épouse divorcée, *in* Etudes R. Rodière, éd. Dalloz, 1981, p 17
- BROCHETON P.**, Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre, *Semaine sociale Lamy* 4-1-1999, n° 915, p 7
- BRUN Ph.**, Le droit de revenir sur son engagement, *Dr. et patrimoine* 1998, n° 60, p 78
- BUREAU D.**, Administration, statut des administrateurs, *Juris-Classeur Sociétés*, fasc. 130, 1998
- BURGORGUE-LARSEN L.**, La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne, *in* J. Rideau (dir.), Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, 1998, p 69
- BUY M.**, Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques, *in* Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Colloque du 20-5-1994, PUAM, 1994, p 9
- BYK Ch.**, Recherche biomédicale et droits de l'homme, une approche européenne, *JCP* 1993, I, 3719
- CABRILLAC M.**, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *in* Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p 235
- CADIET L.**,
Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences, *Dr. social* 1991 p 200
Le spectre de la société contentieuse, *in* Ecrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p 29
Clauses relatives aux litiges, *Juris-Classeur Contrats Distribution*, Fasc. 190, 1998
- CAMBY J.-P.**, Une loi promulguée, frappée d'inconstitutionnalité ?, *RDP* 1999 p 653
- CAMERLYNCK G.H.**, Du "motif inexact" au "fallacieux prétexte" ..., *D.* 1959 chron. p 129
- CANARIS C.-W.**, Grundrechte und Privatrecht, *Archiv für die civilistische Praxis* 1984 p 201
- CAPRON Y.**, La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation, *in* G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, colloque Rennes 20/1-9-1996, *Economica*, 1999
- CASALTA NABAIS J.**, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, *in* La justice constitutionnelle au Portugal, éd. *Economica*, 1989, p 211
- CASSIN R.**,
L'intégration parmi les droits fondamentaux de l'homme des droits des créateurs des œuvres de l'esprit, *in* Mélanges M. Plaisant, Sirey, 1960, p 225
Droits de l'homme et méthode comparative, *RIDC* 1968 p 449
De la place faite aux devoirs de l'homme dans la DUDH, *in* Mélanges P. Modinos, éd. Pedone, 1968, p 479
- CATALA P.**, A propos de l'ordre public, *in* Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p 511
- CAYLA O.**,
« Jeux de nains, jeux de vilains », *in* G. Lebreton (dir.), Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996, Journée d'études du Havre du 15-5-1997, éd. L'Harmattan, 1998, p 149
Le coup d'Etat de droit ?, *Le Débat* 1998, n° 100, p 108
- CAYRON J.**, Ordre public et validité du contrat : aspects du droit de la famille et du droit des personnes, *RJPF* 1999, n° 4, p 6
- CHABAS F.**, Le corps humain et les actes juridiques en droit français, *in* Travaux H. Capitant, Journées belges, éd. Dalloz, 1975, t. XXVI, p 225
- CHAMPAUD Cl.**, Les clauses de non-concurrence, (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler), *RJCom* 1986 p 161

- CHAMPEIL-DESPLATS V.**, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, D. 1995, chron. p 323
- CHARLES D.**, Les personnes infectées par le VIH, les malades du SIDA et leurs droits de vivre dans l'entreprise, *in* L. Auslander et M. Zancarini-Fournel (dir.), Différence des sexes et protection sociale (XIX^e et XX^e siècles), PUV, 1995, p 223
- CHAUCHARD J.-P.**, Les clauses de dédit-formation ou le régime de liberté surveillée appliqué aux salariés, Dr. social 1990 p 24
- CHÉROT J.-Y.**,
L'effet direct de la Constitution dans les rapports entre particuliers, Essai de théorie juridique, *in* Premier Congrès français de droit constitutionnel, Strasbourg, 1990
Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel, réponse à Christian Atias, RFDC 1991 p 439
- CHEVALLIER J.**, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, RDP 1998 p 659
- CHEVILLARD A.**, Prise en compte des libertés individuelles et droit du travail, *in* L'année du droit social, Hors-série mars 1999 de Travail et protection sociale, p 115
- CHIREZ A. et BOUGHANMI-PAPI P.**, Vidéosurveillance, droit à l'image et vie privée des salariés, Bull. soc. F. Lefebvre 11/1994 p 569
- CHRISTOPHE-TCHAKALOFF M.-F.**, Le droit à la non-discrimination, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999
- COHEN D. et GAMET L.**, Loft Story : le jeu-travail, Dr. social 2001 p 791
- COHEN-JONATHAN G.**,
La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, Rev. du Marché commun 1978 p 74
Progrès scientifique et technique, et droits de l'homme, *in* Mélanges Cl.-A. Colliard, éd. Pedone, 1984, p 123
La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français, *in* F. Sudre (dir.), Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992, Actes du colloque de Montpellier, éd. Engel, 1994, p 1
Conclusions générales, *in* P. Tavernier (éd.), Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, Bruylant Bruxelles, 1996, p 477
La protection des droits fondamentaux par la CJCE, *in* R. Bieber (et. al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 44
Conclusions générales, prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme, *in* La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg des 29-30-31/5/1997, éd. A. Pédone, 1998, p 307
La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants, *in* Mélanges N. Valticos, éd. A. Pédone, 1999, p 385
- COIRET N.**, La liberté du mariage au risque des pressions matérielles, RTDC 1985 p 63
- COLARD D.**,
La problématique des devoirs de l'homme, RDH 1973 p 333
Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme, *in* P. Meyer-Bisch (dir.), Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme, CERF/éd. universitaires de Fribourg, 1989, p 17
- COLLIARD Cl.A.**, La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire, *in* 7^o congrès international de droit européen, Bruxelles, 2 au 4-10-1975
- COMBACAU J.**, Ouverture, *in* L'acte juridique, Droits 1988, n^o 7, p 3
- CONTAMINE-RAYNAUD M.**, Le secret de la vie privée, *in* Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, 1978
- CONTE Ph.**, L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, JCP 1988, I, 3343
- CORNAVIN Th.**, Théorie des droits de l'homme et progrès de la biologie, Droits 1985, n^o 2, p 99
- CORVEST H.**, L'inaliénabilité conventionnelle, Rép. Def. 1979 p 1377
- COSSA M.**, Le contrôle de la Cour de cassation : enjeu du débat social, *in* La Cour de cassation et les libertés, Actes du colloque du 16-6-1988, La documentation française, 1988, p 79
- COSTA J.-P.**,
Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, AJDA 1988 p 434
Le juge et les libertés, Pouvoirs 1998, n^o 84, p 75
- COURET A.**, L'abus et le droit des sociétés, Dr. et patrimoine 2000, n^o 83, p 66

COUSSIRAT-COUSTÈRE V.,

Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct, *in* La Convention européenne des droits de l'homme, Actes de la journée de Lille du 16-11-1991, Bruxelles Nemesis, 1992, p 14

Article 8 § 2, *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 2° éd. 1999, p 323

Article 18, *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 2° éd. 1999, p 523

COUTURIER G.,

Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues, D. 1975 chron. p 151 et 221

Les nullités du licenciement, Dr. social 1977 p 215

L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *in* Etudes J. Flour, éd. Defrénois, 1979, p 95

La réintégration des salariés non spécialement protégés – actualité ou prospective ? –, Dr. social 1981 p 248

Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire, Dr. ouvrier 1988 p 134

Sur la séropositivité et la rupture du contrat de travail, RPDS 1/1990 p 4

L'intérêt de l'entreprise, *in* Mélanges J. Savatier, PUF, 1992, p 143

Droit du travail, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leysac (dir.), Libertés et droits fondamentaux, éd. Seuil, 1996, p 295

COUTURIER I., Remarques sur quelques choses hors du commerce, LPA 6 et 13-9-1993, p 7

CROCQ P., Le droit au logement, *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Droits et libertés fondamentaux, exercices et corrigés, préparation à l'examen d'accès CRFPA, Dalloz, 1996, p 125

CULIÉ P., L'application des normes constitutionnelles et des normes internationales et européennes : concurrence ou complémentarité, les normes, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, colloque des 9 et 10-12-1994, PUAM, La documentation française, 1995, p 245

DABIN J., Droit subjectif et subjectivisme juridique, Arch. phil. droit 1964, t. IX, p 17

DAIGRE J.-J.,

La perte de la qualité d'actionnaire, Rev. des sociétés 1999 p 536

La nouvelle procédure de sanction de la COB, JCP 2000, éd. E, p 1602

DAILLE-DUCLOS B., L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires : le développement du devoir d'information, du devoir de loyauté et du respect des droits de la défense, JCP 2000 éd. E p 1990

DARMON M., La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de Justice des Communautés Européennes, RSC 1995 p 23

DAUGAREILH I.,

Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités, Dr. social 1996 p 128

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale, RTDE 2001 p 123

DAVID R., Cause et considération, *in* Mélanges J. Maury, t. II, Dalloz /Sirey, 1960, p 111

DE BECHILLON D., Le contrat comme norme dans le droit public positif, RFDA 1992 p 15

DECOCQ A., Le désordre juridique français, *in* Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p 162

DE FONTBRESSIN P.,

L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations, *in* Mélanges M.-A. Eissen, LGDJ 1995, p 157

L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Mélanges L.E. Pettiti, Bruylant Bruxelles, 1998, p 231

DE FONTETTE F., Le racisme et les Droits de l'homme, *in* 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 247

DEFOSSEZ M., Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, RTDC 1985 p 521

DE GOUTTES R., Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances..., RTDH 1995 p 605

DE LAENDER M.-H., La révocation des dirigeants sociaux, Dr. des sociétés 5/2000, p 4

DE LA MARDIÈRE Ch., Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789, RFDC 1999 p 227

- DELEBECQUE Ph.**, Régime de la réparation, *Juris-Classeur civil*, art. 1146 à 1155, 1998
- DELMAS-MARTY M.**,
Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour EDH, *D.* 1988, chron. p 221
Les droits de l'homme, ni l'homme, ni le droit, *in* *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud/
Inserm, 1988, p 321
- DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.**,
Faits justificatifs, état de nécessité, *Juris-Classeur pénal*, Art. 122-7, 1996
Faits justificatifs, légitime défense, *Juris-Classeur pénal*, Art. 122-5 et 122-6, 1996
- DELPERÉE F.**, Rapport sur le régime juridique du secret de la vie privée, *in* *Constitution et secret de la vie privée*, XVI^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence 15/6-9-2000
- DELPERÉE F. et BOUCQUEY-REMION V.** (collab.), Liberté, légalité et proportionnalité, *in* *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles, 1982, p 475
- DEMESLAY I.**, Le droit de repentir, *Rev. ju. de l'Ouest* 1997/2, p 153
- DE MEYER J.**, Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les états parties à la Convention, *in* 3^o colloque international sur la CEDH, Bruxelles, 30-9 au 3-10-1970, p 7
- DENQUIN J.-M.**, Sur les conflits de libertés, *in* *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p 545
- DEPREZ J.**, Exercice du droit de grève, interdiction des limites conventionnelles, *RJS* 1995 p 564
- DE SALVIA M.**, Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention européenne des droits de l'homme, *in* *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, XI^e Congrès U.A.E. des 29/30/31-5-1997, Bruylant Bruxelles, 1999, p 253
- DE SCHUTTER O.**,
Epidémie du S.I.D.A. et droits de l'homme, *RTDH* 1994 p 59
La coopération entre la Cour EDH et le juge national, *RBDI* 1997 p 21
Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, *in* Y. Lejeune (coord.), *Le traité d'Amsterdam, espoirs et déceptions*, Bruylant Bruxelles, 1998, p 153
- DESIDERI J.-P.**, Les discriminations dans le choix de son cocontractant, *Dr. et patrimoine* 5/1998, p 52
- DE SOUSA SANTOS B.**, Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit, *Dr. et société* 1988, n^o 10, p 363
- DESPAX M.**, La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, *JCP* 1963, I, 1776
- DESPORTES F.**, Discriminations, *Juris-Classeur pénal*, art. 225-1 à 225-4, 2000
- DE TISSOT O.**, Droits fondamentaux du salarié et nécessités de son emploi, *in* *Colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié*, GP 1996, 3, p 1423
- DHOMMEAUX J.**, Les droits fondamentaux et l'entreprise (Contribution à l'étude des droits fondamentaux), *in* J. Jugault (coord.), *L'entreprise, nouveaux apports*, *Economica*, 1987, p 191
- DI BUCCI V.**, Droits fondamentaux, *in* A. Barav et Ch. Philip (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993
- DIEUX X.**, Vers un droit "post-moderne" ? (quelques impressions sceptiques), *in* *Mélanges J. Velu*, t. 1, Bruylant Bruxelles, 1992, p 39
- DION N.**, Le juge et le désir du juste, *D.* 1999, chron. p 195
- DION-LOYE S. et MATHIEU B.**, Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge, *RFDC* 1991 p 509
- DOCKÈS E.**,
L'engagement unilatéral de l'employeur, *Dr. social* 1994 p 227
La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. social* 1997 p 140
- DOMINICE Ch.**, L'individu, la coutume internationale et le juge national, *in* *Mélanges R. Pelloux*, éd. L'Hermès, 1980, p 193
- D'ONORIO J.-B.**, Biologie, morale et droit, *JCP* 1986, I, 3261
- DORD O.**, Libertés publiques ou droits fondamentaux ?, *Cahiers français* 5/6-2000 p 11
- DOUBLIER R.**, Le consentement de la victime, *in* G. Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p 187
- DRAGO G.**, La conciliation entre principes constitutionnels, *D.* 1991, chron. p 265

- DRAI P.**, Allocution d'ouverture, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, colloque des 9 et 10-12-1994, PUAM, La documentation française, 1995, p 7
- DREIFUSS-NETTER F.**, Renonciation, Répertoire civil, 1989
- DRICA M.-A.**, Le juge prud'homal des référés face aux discriminations, *Dr. ouvrier* 1998 p 431
- DRUESNE G.**, La jurisprudence constitutionnelle des tribunaux judiciaires sous la Ve République, *RDP* 74 p 169
- DRZEMCZEWSKI A.**, La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers, *Cah. dr. européen* 1980, n° 1, p 3
- DUBOIS L.**,
De la licéité en droit français des essais thérapeutiques sur l'homme, à but non curatif, *in* Mélanges Cl.-A. Colliard, éd. Pédone, 1984, p 461
Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne, *in* Mélanges J. Boulouis, éd. Dalloz, 1991, p 205
Feu le secret médical ?, *in* Mélanges G. Peiser, PUG, 1995, p 201
La convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, *RDSS* 1998 p 211
- DUFFAR J.**, Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la CEDH, *RDP* 1993 p 695
- DUPRAT J.-P.**, A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343-344 D.C. du 27 Juillet 1994, *LPA* 14-12-1994 p 34
- DUPUIS M.**, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit interne français, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, éd. 2000, étude 110
- DURAND P.**, La fonction publique de l'entreprise privée, *Dr. social* 1945 p 246
- DURAND-LÉPINE G.**, L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées, *LPA* 24-7-1995 p 7
- DURAND-PRINBORGNE Cl.**, Le port des signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée..., une jurisprudence contestée, *RFDA* 1997 p 151
- DURRY G.**, Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, *in* Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Turin, 4/7 juin 1962, Dalloz, 1965, p 611
- EDELMAN B.**,
Universalité et droits de l'homme, *in* M. Delmas-Marty (dir.), Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne, PUF, 1992, p 153
Du mauvais usage des droits de l'homme (à propos du jugement du TGI de Paris du 23 février 1999), *D.* 2000, chron. p 455
- EIDE A.**, Human rights require responsibilities and duties, *in* K. Vasak *Amicorum liber*, Bruylant Bruxelles, 1999, p 581
- EISSEN M.-A.**,
La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour, *in* R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, T. III, Pédone, 1971, p 151
Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour EDH, *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, *Economica*, 2° éd. 1999, p 65
- ELIA L.**, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, cour constitutionnelle italienne, *in* L. Favoreu (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM 1982, p 335
- EL SHAKANKIRI M.**, J. Bentham : Critique des droits de l'homme, *Arch. phil. droit* 1964, t. IX, p 129
- ESCANDE-VARNIOL M.-C.**,
Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel, *RJS* 7/1993 p 403
La sophistication des clauses du contrat de travail, *Dr. ouvrier* 12-1997 p 478
La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, *RJS* 4/2000 p 260
- ESCARRAS J.C.**, La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève, étude de jurisprudence, *in* Mélanges J.-P. Béguet, éd. Univ. Toulon-Var, 1985, p 331
- ESMEIN P.**, Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne, *in* Mélanges R. Savatier, éd. Dalloz, 1965, p 271
- ESTOUP P.**, La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français, *GP* 1990, doctr. p 110
- EWALD F.**, L'éthique du risque, *in* B. Feuillet-Le Mintier (dir.), Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits, Réalités et perspectives, Puf, 1999, p 173

- EYRAUD J.-B.**, Une action de terrain, une revendication politique, le droit au logement, *Rev. fr. aff. soc.* 98, n° 4, p 73
- EYT P.**, On n'en a pas fini avec le droit naturel, *Nouvelle rev. théologique* 1983 p 23
- FABRE D.**, Vêtements de travail. Vêtements au travail, *Droit du travail et de la sécurité sociale* 2/1992 p 3
- FABRE M.**, L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux, *LPA* 2-8-1996, p 4
- FABRE-MAGNAN M.**, L'obligation de motivation en droit des contrats, *in Etudes J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p 301
- FAGES B.**, Des comportements contractuels à éviter, *Dr. et patrimoine* 5/1998 p 67
- FAURE B.**, Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?, *RFDC* 1995 p 64
- FAVARD J.**, Le labyrinthe des droits fondamentaux, *Dr. social* 1999 p 215
- FAVOREU L.**,
L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, *in Etudes L. Hamon, Economica*, 1982, p 235
L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles, *RFDA* 1984 p 174
La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle, *in La pensée de Charles Eisenmann, éd. Economica*, 1986, p 85
La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, *in La DDHC et la jurisprudence, colloque des 25/6-5-1989, PUF*, 1989, p 123
Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel, *in Conseil constitutionnel et Cour EDH, Colloque Montpellier 20 et 21 janvier 1989, éd. STH*, 1990, p 33
Bloc de constitutionnalité, *in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), Dictionnaire constitutionnel, PUF*, 1992
Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, *in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref*, 1994, p 48
La constitutionnalisation du droit, *in Mélanges R. Drago, Economica*, 1996, p 25
Légalité et constitutionnalité, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 1997, n° 3, p 73
- FAVOREU L. et RENOUX Th.**, Rapport général introductif, *in La Cour de cassation et la Constitution de la République, colloque des 9 et 10-12-1994, PUAM, La documentation française*, 1995, p 15
- FAVRE J. et TARDIVEL B.**, Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », *RDP* 2000 p 1411
- FAVRET J.-M.**, Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000, *Dr. administratif* 11/2000, chron. 19
- FAWCETT J.**, Quelques lumières sur les droits de l'homme, éd. Conseil de l'Europe, 1-3-1987
- FENOUILLET D.**,
Respect et protection du corps humain, *Juris-Classeur civil*, art. 16 à 16-12, fasc. 12, 1997
Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique, *in Etudes P. Catala, éd. Litec*, 2001, p 487
- FERRAND F.**, La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française, *RIDC* 3/1995 p 691
- FIESCHI-VIVET P.**, Le droit du travail dans les établissements d'enseignement privé (en particulier catholiques), *RJS* 6/1998 p 440
- FLAUSS J.-F.**,
Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif, *LPA* 4-8-1989 p 26
Les droits de l'homme, comme élément d'une Constitution et de l'ordre européen, *LPA* 30-4-1993 p 8
La Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires, *RJDA* 6/1995 p 524
La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, *in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg des 29-30-31/5/1997, éd. A. Pédone*, 1998, p 11
Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme, *in Etudes offertes à J. Mourgeon, Bruylant Bruxelles*, 1998, p 415
- FLAUSS J.-F. (dir.), LAMBERT E. et SCIOTTI Cl.**, Les droits de l'homme dans l'Union européenne, *LPA* 26/7/8-7-1999

- FLOUR Y.**, Libéralités et libertés, libéralités et personnes physiques, Rép. Defrénois 1995 p 993
- FLUSS S.S.** et **LAU HANSEN J.**, La réponse du législateur face au VIH/ Sida, *in* J. Foyer et L. Khaïat (dir.), Droit et Sida, Comparaison internationale, éd. CNRS, 1994, p 443
- FONTAINE N.**, La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits des citoyens de l'Union européenne, Dr. et patrimoine 4/2001 p 28
- FORNACI Ph.**, SIDA et exclusion du lieu de travail, *in* L. Auslander et M. Zancarini-Fournel (dir.), Différence des sexes et protection sociale (XIX^e et XX^e siècles), PUV, 1995, p 205s, spéc. p 210
- FOSSIER Th.** et **HARICHAUX M.**, La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical, RDSS 1991 p 1
- FOYER J.**,
L'influence de la Constitution sur le droit privé, *in* Premières journées juridiques franco-helléniques, Thessalonique, 20/24-10-1981
La condamnation de la loi Verdeille par la Cour EDH, *in* Mélanges J.-Cl. Soyer, LGDJ, 2000, p 195
Le droit civil dominé, *in* Etudes P. Catala, éd. Litec, 2001, p 13
- FOYER J.** et **KHAÏAT L.**, Introduction, *in* Droit et Sida, Comparaison internationale, éd. CNRS, 1994, p7
- FRAISSEIX P.**, Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?, RDP 2001 p 531
- FRANÇON A.**, Des limitations que les droits de la personnalité apportent à la création littéraire et artistique, RIDA 4/1971 p 149
- FRAYSSINET J.**, Nouvelles technologies et droits fondamentaux des salariés, *in* Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Colloque du 20-5-1994, PUAM, 1994, p 29
- FRIBOULET J.-J.**, Le droit au travail, droit fondamental de la personne ou utopie sociale, *in* M. Borghi et P. Meyer-Bisch (éd.), Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune, Univ. Fribourg Suisse, 1998, p 233
- FRISON-ROCHE M.-A.**, Volonté et obligation, Arch. phil. droit 2000, n° 44, p 129
- FROMONT M.**,
Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne, *in* Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, Cujas, 1975, p 49
République Fédérale d'Allemagne : l'Etat de droit, RDP 1984 p 1203
Le principe de proportionnalité, AJDA 1995, numéro spécial "Le droit administratif", p 156
L'autonomie de la volonté et les droits fondamentaux en droit privé allemand, *in* Mélanges A. Rieg, éd. Bruylant Bruxelles, 2001, p 337
- FROUIN J.-Y.**, La protection des droits de la personne et des libertés du salarié, CSBP 1998, chron. p 123
- GAÏA P.**, Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil Constitutionnel, RFDC 1996 p 725
- GALLOUX J.-Ch.**, L'utilisation des matériels biologiques humains : vers un droit de destination ?, D. 1999 chron. p 13
- GALMOT Y.**, L'apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridique français, CDE 1997 p 67
- GANDOLFI G.**, Pour un Code européen des contrats, RTDC 1992 p 707
- GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J.**,
La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ?, *in* Les droits de l'homme en droit interne et en droit international, Actes du 2^o colloque sur la CEDH, Vienne 18/20-10-1965, PU de Bruxelles, 1968, p 155
Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international, la convention européenne, *in* Mélanges F. Dehousse, vol. 1, éd. Labor Bruxelles, 1979, p 193
Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, *in* Mélanges H. Mosler, 1983, p 263
- GARAUD E.**,
La violation d'un droit fondamental, *in* Lamy Droit du contrat, 1999, étude 245
La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen, *in* J.-P. Marguénaud (dir.), CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français, éd. La Documentation française, 2001, p 126
- GAUCHET M.**, Quand les droits de l'homme deviennent une politique, Le Débat 2000, n° 110, p 258

- GAUDEMET Y.**, Une nouvelle dimension du principe d'égalité devant la contribution publique ? (à propos de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative au cumul emploi-retraite), *Dr. social* 1986 p 372
- GAUDU F.**,
Travail et activité, *Dr. social* 1997 p 113
L'ordre public en droit du travail, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 363
- GAURIAU B.**, Mobilité et obligation de résidence du salarié, *Dr. social* 1996 p 1016
- GAVALDA N.**, Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail, *Dr. social* 1999 p 582
- GÉGOUT M.**, Ordre public et bonnes mœurs, *Juris-Classeur civil*, art. 6, 1979
- GÉLARD P.**, Rapport de synthèse, *in* G. Lebreton (dir.), Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996, Journée d'études du Havre du 15-5-1997, éd. L'Harmattan, 1998, p 211
- GÉNY F.**, De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elles comportent dans le droit nouveau de la IV^e République française, *JCP* 1947, I, 613
- GERMAIN L.**, Discussion, *in* Les droits de l'homme en France, Actes du VII^e colloque de Besançon, 20/21-1-1978, p 26
- GHESTIN J.**,
L'utile et le juste dans les contrats, *Arch. phil. droit* 1981, t. 26, p 35
L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français, *in* Les notions à contenu variable en droit, éd. Bruylant Bruxelles, 1984, p 77
Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels?, *in* Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée, 1999, p 251
- GICQUEL J.**, L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leysac (dir), Libertés et droits fondamentaux, éd. Seuil, 1996, p 237
- GLASER S.**, Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif, *in* Mélanges H. Rolin, Pedone 1964, p 104.
- GODE P.**, Chronique de législation française et communautaire en matière de droit privé, *RTDC* 1982 p 814
- GOESEL-LE BIHAN V.**, Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel, *RFDC* 1997 p 227
- GOUAUD Ch.**, Le projet de Constitution européenne, *RFDC* 1995 p 287
- GRABOY-GROBESCO A.**, Vidéosurveillance et libertés, *LPA* 18-12-1998 p 9
- GRÉVISSE S.**, Le renouveau de la Charte sociale européenne, *Dr. social* 2000 p 884
- GRÉVY M.**, La sanction civile en droit du travail, *Dr. social* 2001 p 598
- GREWE C.**, Rapport allemand, *in* Constitution et secret de la vie privée, XVI^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence 15/6-9-2000
- GRIGNON Ph.**, L'obligation de ne pas agir en justice, *in* Mélanges Ch. Mouly, livre II, Litec, 1998, p 115
- GRIMALDI M.**, Le droit au logement, *in* Travaux de l'association H. Capitant, Journées mexicaines, 1982, *Economica* 1984, p 421
- GRUBER A.**, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique, *LPA* 22-1-2001
- GUIBAL M.**, De la proportionnalité, *AJDA* 1978 p 477
- GUIGNARD L.**, Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil, *Dr. prospectif* 1/2000, p 45
- GUILLOTIN A.**, La dignité du mourant, *in* Mélanges Ch. Bolze, *Economica*, 1999, p 317
- GUINCHARD S.**,
Application de la Convention européenne par le juge judiciaire, *Rev. Europe* 1999, n° 10bis, p 10
Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *in* Mélanges P. Drai, éd. Dalloz, 2000, p 355
- GUITTON Ch.**, Raison juridique et régulation sociale du non-travail, contribution à la réflexion sur le droit et la norme, *in* Mélanges J.-M. Verdier, éd. Dalloz, 2001, p 345
- GULPHE P.**, Les tribunaux français gardiens de l'intimité de la vie privée, *in* Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne, XIV^e Congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 12-19/9/1981, *Rev. ju. et pol.* 82, n° 1, p 554

GUTMANN D.,

Le droit au respect de la vie privée dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, propos sur la définition du droit au respect de la vie privée, LPA 23-10-1998, p 18

Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?, *in* Mélanges F. Terré, éd. Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p 329

HAARSCHER G., Les droits de l'homme, notion à contenu variable, *in* Les notions à contenu variable en droit, éd. Bruylant Bruxelles, 1984, p 329

HABERMAS J., La réconciliation grâce à l'usage public de la raison. Remarques sur le libéralisme de John Rawls, *in* J. Habermas et J. Rawls, Débat sur la justice politique, trad. R. Rochlitz, éd. du Cerf, 1997, p 9

HAUSER J.,

L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique, *in* Mélanges J. Derruppé, éd. GLN Joly/Litec, 1991, p 1

La notion d'incapacité, LPA 17-8-2000 p 3

HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., Ordre public et bonnes mœurs, *in* Répertoire civil, 1993

HÉBRAUD P. et VERDOT R., Acte, Répertoire civil, 1970

HENNAU-HUBLET Ch., Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine, *in* L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref, 1994, p 209

HERMITTE M.-A., Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes !, Le Débat 2000, n° 108, p 168

HERSCH J., Les fondements des droits de l'homme dans la conscience individuelle, *in* 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 79

HERZOG-EVANS M., Fouilles corporelles et dignité de l'homme, RSC 1998 p 735

HIJMANS VAN DEN BERGH L.J., Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé néerlandais, *in* Travaux H. Capitant, t. XIII, Les renoncements au bénéfice de la loi, Journées françaises, Dalloz, 1963, p 313

HORSMANS G., Transparence et légitimité, RDAI 1991 p 659.

HUCHET M.-O., La clause de dédit-formation, Rev. juridique Ouest 2000, n° 4, p 373

HUET A., Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, RTDC 1967 p 45

HUGLO J.-G., Concurrence et complémentarité des normes internationales et européennes, Les droits fondamentaux, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, colloque des 9 et 10-12-1994, PUAM, La documentation française, 1995, p 256

HUMANN Cl., La spécificité de la clause de dédit, RDI 1997 p 169

HUSSON L., Droits de l'homme et droits subjectifs, une confrontation nécessaire, Arch. phil. droit 1981, t. 26, p 345

IDOT L., Les droits de la défense, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999

ILIOPOULOS-STRANGAS J. et LEVENTIS G., La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce, *in* La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant Bruxelles, 2000, p 395

IMBERT L., Police municipale, Juris-Classeur administratif, fasc. 126-20, 1996

JACK A., Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. de législation et de jurisprudence 1933 p 362

JACOT-GUILLARMOD O.,

Intervention relative au Rapport "Responsabilités incombant aux Etats parties à la Convention

Européenne", *in* Actes du 6° colloque international sur la CEDH, Séville, 1985, éd. Nijhoff, 1988, p 783

L'arbitrage privé face à l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KF, 1988, p 294

JACQMAIN J., Egalité entre travailleurs féminins et masculins, JTDE 11/2000, n° 73, p 201

JAMIN Ch.,

Un droit européen des contrats ?, *in* P. de Vareilles-Sommières (dir.), Le droit privé européen, Actes du colloque de Reims, Economica 1998, p 40

Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, *in* Etudes J. Ghestin, LGDJ, 2001, p 441

JARROSSON Ch.,

L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. arb.* 1989 p 573

L'arbitrabilité : présentation méthodologique, *RJCom* 1996 p 1

Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, *JCP* 2001, I, 333

JAVILLIER J.-C., L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire, *Dr. social* 1983 p 537

JEAMMAUD A.,

Les principes dans le droit français du travail, *Dr. social* 1982 p 628

Le droit constitutionnel dans les relations du travail, *AJDA* 1991 p 612

JÉOL M., Les techniques de substitution, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, colloque des 9/10-12-1994, PUAM, La documentation française, 1995, p 69

JESTAZ Ph.,

Equité, Répertoire civil, 1972

A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic, *RTDC* 1989 p 269

Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, colloque Rennes 20/1-9-1996, *Economica*, 1999, p 3

JORION B., La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, *RDP* 1999 p 197

JOSSERAND L., La personne humaine dans le commerce juridique, *D.H.* 1932, *chron.* p 1

JOUHAUD Y., Les activités civiles de la Cour de cassation et la sauvegarde des libertés, *in* La Cour de cassation et les libertés, Actes du colloque du 16-6-1988, La documentation française, 1988, p 15

JOURDAIN P., La doctrine de la Commission, *in* Les vingt ans de la Commission des clauses abusives, Actes de la journée de Chambéry du 29-5-1998, *Rev. Conc. et Consommation* 9-10/1998, p 23

JULIEN-LAFERRIÈRE F., L'Etat de droit et les libertés, *in* Mélanges J. Mourgeon, Bruylant Bruxelles, 1998, p 153

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., Influence des théories sociales sur la jurisprudence française en matière d'acte juridique, Extrait de la revue *Hogaku-Kyokai Zasshi* 1934 p 1

KALINOWSKI G., Logique et philosophie du droit subjectif, *Arch. phil. droit* 1964, t. IX, p 37

KARAQUILLO J.-P., Le contrôle des pouvoirs du chef d'entreprise et les droits de l'homme en France, *in* Les droits de l'homme dans l'entreprise, XX^e Congrès de l'IDEF, *Rev. juridique et politique* 7-10/1989, p 1007

KAYSER P.,

Les nullités d'ordre public, *RTDC* 1933 p 1115

Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit de mécénat, *in* *Etudes A. Audinet*, Puf, 1968, p 129

Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, *RTDC* 1971 p 445

KELSEN H., La théorie juridique de la convention, *Arch. phil. droit* 1940 p 33

KENNEDY I., Discrimination en raison de la maladie, en particulier contre les personnes atteintes du Sida, *in* 7^e Colloque international sur la CEDH, Egalité et non-discrimination, 30-5/2-6-1990, éd. Engel, 1994, p 220

KERNALEGUEN F., Brèves remarques sur la vie privée du salarié, *in* Mélanges H. Blaise, *Economica*, 1995, p 269

KULLMANN J., Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993, *chron.* p 59

LABORDE J.-P., Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *Dr. social* 1991 p 615

LABRUSSE-RIOU C.,

Expérimentation humaine et éthique, *in* B. Edelman et M.-A. Hermitte, *L'homme, la nature et le droit*, éd. Bourgeois, 1988, p 144

Droit de la personnalité et de la famille, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Seuil, 1996, p 269

De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes, *in* *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p 499

LACHAUME J.-F., Droits fondamentaux et droit administratif, *AJDA* 7-8/1998, p 92

LACHAUME J.-F. et **PAULIAT H.**, Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?, *in* Mélanges Ph. Ardant, LGDJ, 1999, p 373

- LAFOLLETTE H.**, Gun Control, *Ethics* 1/2000 p 263
- LAFORE R.**, Le droit au logement, *in* Droits et libertés en Grande-Bretagne et en France, éd. L'Harmattan, 1999, p 169
- LAGARDE P.**, Ordre public, *in* Répertoire de droit international, 1998
- LAGARDE X.**,
La motivation des actes juridiques, *in* La motivation, Travaux Capitant, Limoges 1998, LGDJ, 2000, p 73
Transaction et ordre public, *D.* 2000 chron. p 217
La nature juridique de la cause de licenciement, *JCP* 2000, I, 254
Office du juge et ordre public de protection, *JCP* 2001, I, 312
- LALAUT Cl.**, Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme, *GP* 1999, doct. p 554
- LAMBERT P.**,
La Convention européenne des droits de l'homme et l'évolution de la jurisprudence belge, *in* Mélanges Vander Elst, Nemesis, 1986, p 463
Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Mélanges J. Velu, t. 2, Bruylant Bruxelles, 1992, p 1281
- LAMPUE P.**, Le rôle des tribunaux français dans l'application de la Déclaration des droits de l'homme et du Préambule constitutionnel, *in* Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne, XIV^e Congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 12-19/9/1981, *Rev. ju. et pol.* 82, n° 1, p 502
- LANGLOIS Ph.**, Rapport de synthèse, *in* J.-M. Verdier (dir.), L'entreprise et les libertés publiques, colloque Nanterre des 20/1-11-1981, *Dr. social* 82 p 433
- LANQUETIN M.-Th.**, Un tournant en matière de preuve des discriminations, *Dr. social* 2000 p 589
- LARRALDE J.-M.**, Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence communautaire, *in* L'Union européenne et les droits fondamentaux, Journée CEDECE Caen 7-5-1998, Bruylant Bruxelles, 1999, p 105
- LAVIGNE P.**, Droits de l'homme, droits politiques et sociaux, *in* Encyclopaedia Universalis, corpus 7, 1993, p 713
- LEBRETON G.**, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, *in* Mélanges P. Gélard, éd. Montchrestien, 1999, p 53
- LE BRIS R.-F.**, L'effet du divorce sur le nom des époux, *D.* 1965, chron. p 141
- LE CANNU P.**, Le principe de contradiction et la protection des dirigeants, *Bull.* Joly 1996 p 11
- LECOURT R.**, Cour européenne des droits de l'homme et CJCE, *in* Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KG, 1988, p 335
- LÉCUYER H.**, Le contrat, acte de prévision, *in* Mélanges F. Terré, éd. Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p 643
- LEGAL A.**, L'état de nécessité et la crise du logement, *RSC* 1969 p 127
- LEGRAND A.**, La croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande, *in* Mélanges P. Gélard, éd. Montchrestien, 1999, p 290
- LE GRIEL H.**, L'atteinte portée par la Cour de cassation à des libertés fondamentales et la résistance de la Cour de Lyon, *GP* 1978, doct. p 184
- LEMIEUX P.**, Du permis de conduire à l'autorisation d'avoir des enfants, *Le Figaro* 8 décembre 2000
- LE MIRE P.**, Article 17, *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, *Economica*, 2^e éd. 1999, p 509
- LENAERTS K.**, Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne, *in* Mélanges M. Waelbroeck, Bruylant Bruxelles, 1999, p 423
- LEPAGE A. (et. al.)**, De quelques points de rencontre entre le droit et l'émission *Loft-Story*, *Communication Com. électronique* 6/2001 p 8
- LEPAGE H.**, Le retour au droit naturel chez les libertariens, *Rev. hist. fac. droit* 1989, 8, p 165.
- LEQUETTE Y.**, Le droit international et les droits fondamentaux, *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 6^e éd. 2000, p 95
- LEVASSEUR G.**, Droit social et droit pénal, *in* Etudes A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p 317
- LEVEL P.**, L'arbitrabilité, *Rev. de l'arbitrage* 1992 p 213
- LEVENEUR L.**,
La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité..., *AJDA* 1998 p 676
Vie privée et familiale et vie professionnelle, *in* B. Teyssié (dir.), La personne en droit du travail, éd. Panthéon-Assas, 1999, p 31

- LÉVINAS E.**, Les droits de l'autre homme, *in* 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 43
- LOCHAK D.**, Les bornes de la liberté, *Pouvoirs* 1998, n° 84, p 15
- LOISEAU G.**,
Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps, *Mc Gill Law Journal* 1992 p 965
Typologie des choses hors du commerce, *RTDC* 2000 p 47
- LOMBAERT B.**, La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d'un droit fondamental, *in* *Mélanges* P. Lambert, Bruylant Bruxelles, 2000, p 517
- LOMBOIS Cl.**, La personne, corps et âme, *in* *La personne humaine, sujet de droit*, 4° Journées R. Savatier, Poitiers 25/6-3-1993, PUF 1994, p 57
- LOUIS-LUCAS P.**, L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé, *in* *Etudes H. Capitant*, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition 1939), p 469
- LUCHAIRE F.**, Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTDC* 1982 p 245
- LYON-CAEN A.** et **VACARIE I.**, Droits fondamentaux et droit du travail, *in* *Mélanges J.-M. Verdier*, éd. Dalloz, 2001, p 421
- LYON-CAEN G.**,
Les clauses restrictives de la liberté du travail, *Dr. social* 1963 p 87
Les principes généraux du droit du travail, *in* *Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, éd. Dalloz, 1978, p 42
Réglementer le droit de grève ?, *Dr. social* 1988, p 709
Liberté et égalité dans le droit français du travail, *in* *Les droits de l'homme dans l'entreprise, XXè Congrès de l'IDEF*, *Rev. juridique et politique* 7-10/ 1989, p 900
- MADIOT Y.**,
Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, *in* *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15-5-1992, PUF, 1993, p 35
La protection internationale de la personne, *in* *La personne humaine, sujet de droit*, 4° Journées R. Savatier, Poitiers, 25/6-3-1993, PUF, 1994, p 173
- MAISANI P.** et **WIENER F.**, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, *Dr. et société* 1994, n° 27, p 443
- MALAURIE Ph.**,
Le respect de la vie en droit civil, *in* *Mélanges L. Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p 429
Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle, *in* *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p 187
- MALINVAUD Ph.**, De l'erreur sur la substance, *D. 1972 chron.* p 43
- MALINVERNI G.**, Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, *in* *Festschrift D. Schindler*, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1989, p 539
- MANCINI F.** et **DI BUCCI V.**, Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire, *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1990, éd. Nijhoff, 1991, p 34
- MANESSIS A.**, La Constitution au seuil du XXIè siècle, *in* *Mélanges N. Valticos*, éd. A. Pedone, 1999, p 673
- MARCOU G.**, Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme, *in* *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p 635
- MARCOUX Jr L.**, Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne, *RIDC* 1983 p 691
- MARCUS-HELMONS S.**, Le droit de propriété est-il un droit fondamental au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ?, *in* *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, XIè Congrès U.A.E., Mai 1997, Bruylant Bruxelles, 1999, p 193
- MARGUÉNAUD J.-P.**,
L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, *in* *Ass. H. Capitant*, Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales Lille 1996, p 45
Le juge judiciaire et l'interprétation européenne, *in* *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de Montpellier des 13 et 14-3-1998, Bruylant Bruxelles, 1998, p 231

- Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme pour le juge civil, *RJCO* 9/1999 p 33
- MARIE J.-B.**, La quête du noyau intangible, *in* P. Meyer-Bisch (éd.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, VII^e colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Fribourg 23/5-11-1989, éd. universitaires Fribourg Suisse, 1991, p 11
- MARITAIN J.**, Les droits de l'homme et la loi naturelle, (1942), *in* J. Maritain, *Les droits de l'homme*, Textes présentés par R. Mougel, éd. Desclée de Brouwer, 1989, p 71
- MARKS S.**, La protection internationale de la personne : point de vue de la Common Law, *in* *La personne humaine, sujet de droit*, 4^e Journées R. Savatier, Poitiers, 25 et 26-3-1993, PUF 1994, p 207
- MARTENS P.**, L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, *in* *Mélanges J. Velu*, Bruylant Bruxelles, 1992, t. 1, p 49
- MARTIN R.**, Bail d'habitation et Convention européenne des droits de l'homme, *Annales des loyers* 1997 p 1159
- MARTIN X.**, Anthropologie et code Napoléon, *Bull. soc. fr. idées et hist. relig.*, n° 1, 1984, p 39
- MARTY R.**, De l'indisponibilité conventionnelle des biens, *LPA* 21-11-2000 p 4 et 22-11-2000 p 8
- MASPÉTIOL R.**, Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie, *in* *Arch. phil. droit* 1964, t. IX, p 71
- MASSE-DESSEN H.**, La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail, une approche civile, *Dr. social* 1995 p 442
- MATHIEU B.**,
Discussion, *in* P. Bon (coord.), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, Journées d'études 9/10-11-1990, Université de Pau et des Pays de l'Adour, *Economica*, 1992, p 335
Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau", *RTDC* 1994, p 59
Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, à propos de la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *RFDA* 1994 p 1019
Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.* 1995, chron. p 211
Droit constitutionnel civil, *Juris-Classeur administratif*, fasc. 1449, éd. 1993 et mise à jour 1997
Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier (A propos de la décision 96-385 DC du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1996), *LPA* 7-3-1997, p 5
La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels, *D.* 1999, chron. p 451
Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instrument du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain, *RDP* 1999 p 93
- MATHIEU B.** et **VERPEAUX M.**,
Avant-propos, *in* *La constitutionnalisation des branches du droit*, Congrès de l'AFC, Dijon, 14/16-6-1996, éd. *Economica*, 1998, p 7
Chronique de jurisprudence constitutionnelle, *JCP* 2000, I, 201
- MAURY J.**,
Observations sur les idées du professeur H. Kelsen, *Rev. crit. législation et jurisprudence* 1929, p 537
Cause, *Répertoire civil*, 1970
- MAYAUD Y.**, Les recours au juge répressif, *in* *La diversité des recours en droit social*, Colloque Lyon, *Dr. social* 1987 p 510
- MAYER P.**, L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Seuil, 1996 p 250
- MAYMON-GOUTALOY M.**, De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme, *D.* 1985, chron. p 211
- MAZEAUD A.**, Proportionnalité en droit social, *in* *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque Paris V du 20-3-1998, *LPA* 30-9-98 p 64
- MAZEAUD D.**,
Le régime de l'obligation de sécurité, *GP* 1997, 3, doct. p 1201
La réduction des obligations contractuelles, *in* *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, colloque Chambéry du 28-11-1997, *Dr. et patrimoine* 3/98 p 58
Constats sur le contrat, sa vie, son droit, *in* *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^e congrès des notaires de France, *LPA* 6-5-1998, p 8
Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *in* *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque Paris V du 20-3-1998, *LPA* 30-9-98 p 12

- MELCHIOR M.** et **DE GREVE L.**, Rapport de la délégation belge, *in* Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, IX^e conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris, mai 1993, éd. Conseil Constitutionnel, 1994, p 145
- MÉMÉTEAU G.**, Bioéthique et droit : mythes ou enrichissements ?, *in* Le mythe bioéthique, éd. Bassano, 1999, p 97
- MEMMI A.**, L'égalité des Droits de l'homme et l'illusion républicaine, *in* 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 159
- MERLE M.**, La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RDP 1951 p 705
- MESTRE J.**, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, *European Review of Private Law* 1994, 2, 31
- MESTRE J.-L.**, Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, D. 1984, chron. p 1
- MEULDERS-KLEIN M.T.** et **MAIGAIN B.** (collab.), Le droit de disposer de soi-même, étendue et limites en droit comparé, *in* Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles, 1982, p 215
- MICHAELIDES-NOUAROS G.**, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTDC 1966 p 216
- MIGNON M.**, La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence, D. 1951, chron. p 127.
- MIMIN P.**, Avant la grève : la clause de conciliation dans les conflits collectifs du travail, JCP 1959, I, 1467 bis
- MODERNE F.**, La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999
- MOLFESSIS N.**,
Les droits de la défense, "droit fondamental à caractère constitutionnel", *Justices* 1995 p 201
Les sources constitutionnelles du droit des obligations, *in* Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées H. Capitant, Lille 1996, p 65
Le principe de proportionnalité en matière de garanties, *Banque et Droit* 5/6-2000 p 4
La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel, JCP 2000, I, 210
- MOLINARI P.A.**, La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique, *in* Mélanges J.-M. Auby, éd. Dalloz, 1992, p 771
- MONÉGER J.**,
L'organisation de la concurrence dans le préambule des statuts d'un centre commercial, JCP 1986, éd. E, II, 14726
Droit constitutionnel et droit privé, RIDC 1995 p 305
- MONIN M.**, La hiérarchie des normes n'existe pas, D. 1999 n° 30, dern. actu. p 1
- MONTREDON J.-F.**, Donation entre époux, *Juris-Classeur civil*, Art 1091 à 1100, Fasc. 20, 1993
- MORAND Ch.-A.**, Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles, *in* Etudes J.-F. Aubert, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1996, p 57
- MORANGE G.**,
Réflexions sur la notion de sécurité publique (A propos d'une prescription contestée : l'obligation du port de la ceinture de sécurité), D. 1977, chron. p 61
Vers une codification des libertés en France ?, RDP 1977 p 259
La crise de la notion de liberté publique, *in* Mélanges R. Drago, éd. Economica, 1996, p 101
- MOREAU J.**, Règlement intérieur d'entreprise, sécurité et libertés individuelles, *in* Mélanges R. Drago, ed. Economica, 1996, p 447
- MOREAU M.**, Sources, *Juris-Classeur Travail traité*, fascicule 1-10, 2000
- MOREAU M.-A.**,
Tendances du droit social communautaire : des droits sociaux en quête de reconnaissance, *Dr. social* 1994 p 614
La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité, *Dr. et patrimoine* 3/ 1999 p 56
Le droit communautaire a des problèmes de sexe..., *in* Mélanges E. Alfandari, éd. Dalloz, 2000, p 429

- MORISSETTE Y.-M.**, L'accès à la justice et les droits fondamentaux comme moyen et comme fin, *in* L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, colloque international des 29-9 et 1-10-1993, Aupelf-Uref, 1994, p 263
- MOULY J.**, Sports, Répertoire civil, 1999
- MOURGEON J.**, Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté, *in* Mélanges Y. Madiot, éd. Bruylant Bruxelles, 2000, p 391
- MOURRE A.**, Le droit français de l'arbitrage international face à la Conv. EDH, GP 1-12-2000 p 16
- MURRAY J. L.** et **ROSSA PHELAN D.**, La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Irlande, *in* La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant Bruxelles, 2000, p 487
- NAJJAR I.**,
Donation, Répertoire civil, 1991
Donation entre époux, Répertoire civil, 1993
- NEIRINCK C.**, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique, *in* Mélanges Ch. Bolze, Economica, 1999, p 39
- NEIRINCK C.** et **MARTIN P.M.**, Un traité bien maltraité, A propos de l'arrêt Lejeune, JCP 93, I, 3677
- NERSON R.**,
De la protection de la personnalité en droit privé français, *in* Protection de la personnalité, Travaux de l'association H. Capitant, Journées de Madrid, 4/10-6-1959, éd. Dalloz, 1963, p 60
Les noms des personnages de romans, *in* Etudes offertes à P. Kayser, PUAM, 1979, t. 2, p 303
- OBERDORFF H.**, La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux, *in* Mélanges G. Peiser, PUG, 1995, p 379
- ÖHLINGER Th.**, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cour constitutionnelle autrichienne, *in* Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM 1982, p 335
- OLIVIER J.-M.**, Les conflits de sources en droit du travail interne, *in* B. Teyssié (dir.), Les sources du droit du travail, Puf, 1998, p 194
- OPSAHL T.**, Règlement amiable des litiges dans le respect des droits définis par la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Actes du 6^e colloque international sur la CEDH, Séville, 1985, éd. Nijhoff, 1988, p 967
- OST F.**, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH, *in* M. Delmas-Marty (dir.), Raisonner la raison d'Etat, (vers une Europe des droits de l'homme), PUF, 1989, p 405
- PAILLUSSEAU J.**, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP éd. E, 1984, 14193
- PARISOT B.**, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique, D. 1972, chron. p 71
- PATARIN J.**, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, *in* G. Stefani (dir.), Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, études de droit criminel, Dalloz, 1956, p 7
- PATHAK R. S.**, Rapport introductif, *in* Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste, Actes du colloque de Strasbourg des 17 et 19-4-1989, éd. N. P. Engel, p 6
- PAULIAT H.**,
Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour EDH, RDP 1995 p 1445
L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ?, D. 1995, chron. p 283
- PAULIAT H.** et **SAINT-JAMES V.**, La notion d'effet horizontal, *in* J.-P. Marguénaud (dir.), Convention européenne des droits de l'homme et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit privé français, éd. La Documentation française, 2001, p 75
- PAVIA M.-L.**,
Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental, LPA 6-5-1994 p 6
La portée de la constitutionnalisation du principe de dignité de la personne humaine, *in* B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), La constitutionnalisation des branches du droit, Congrès de l'AFC, Dijon, 14/16-6-1996, éd. Economica, 1998, p 133
- PECH Th.**, La dignité humaine, du droit à l'éthique de la relation, Justices 5/2001, Hors-série au Rec. Dalloz du 24/5/2001, p 90
- PENNEAU J.**, Corps humain, Répertoire civil, 1995

- PERELMAN** Ch., Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Arch. phil. droit 1978, t. 23, p 35
- PERREAU** E. H., Des droits de la personnalité, RTDC 1909, p 501
- PERRET** H., La personne humaine dans l'ordre du droit, in Mélanges J. Brèthe de La Gressaye, éd. Bière, 1967, p 589
- PESCATORE** P., Les droits de l'homme et l'intégration européenne, Cah. dr. européen 1968 p 629
- PÉTEL-TEYSSIÉ** I., Louage d'ouvrage et d'industrie, prohibition de l'engagement perpétuel, Juris-Classeur civil, article 1780, 1991
- PETTITI** C.,
La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès ?, Dr. soc. 1990 p 387.
Mary Poppins, Mickey et les libertés du travail, GP 29/31-12-1991
- PETTITI** L., L'applicabilité directe de la Convention en droit français, Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1980 p 60
- PEUKERT** W., Les libertés individuelles face à la liberté de la presse, in La protection de la personne face aux médias, Colloque Cour de cassation 4-3-1994, GP 6-9-94 p 1006
- PHILIPPE** X., La liberté d'aller et de venir, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 5^e éd. 1999, n^o 336
- PICARD** E.,
L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA 7-8/ 1998 spécial, p 6
Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, Rev. administrative 1999, n^o spécial, Evolution et révolution du contentieux administratif, p 15
- PICARD** J., Testament de vie, dispositions de dernières volontés médicales, France. Allemagne. Espagne, JCP 1998, éd. N, p 1783
- PIEDELIEVRE** S., Fruits, Répertoire civil, 1997
- PIERRE** Ph., Sida. Les implications assurantielles de la pandémie, in B. Feuillet-Le Mintier (dir.), Le Sida, aspects juridiques, Economica, 1995, p 71
- PINARD** D., Le droit et la fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés, RRJ 1988-4, p 1069
- PINTO** R., La protection des droits de l'homme par les tribunaux judiciaires en France, EDCE 1949 p 21
- PIZZIO** J.-P., Un apport législatif en matière de protection du consentement, la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, RTDC 1976 p 66
- POCAR** V., Norme (en sociologie du droit), in A.-J. Arnaud, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ Story-Scientia, 1988
- POILLOT-PERUZZETTO** S., Ordre public et droit communautaire, D. 1993, chron. p 177
- POIRAT** F., La doctrine des « droits fondamentaux » de l'Etat, Droits 1/ 1993, n^o 16, p 83
- POLLAUD-DULIAN** F., L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial, JCP 1992, I, 3618
- POROY** R., L'avenir du droit : optimisme malgré tout, in Mélanges F. Terré, éd. Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p 819
- PRÉTOT** X., Les sources du droit du travail au regard du droit public, in B. Teyssié (dir.), Les sources du droit du travail, Puf, 1998, p 150
- PUIGELIER** C., La maladie et le contrat de travail, JCP 1990, éd. E, II, 15890
- RACHET** J.-M., De la compétence de l'Union européenne en matière de défense et de promotion des droits de l'homme, Rev. Marché commun 1995 p 256
- RADÉ** Ch.,
Exercice du droit de grève et négociation collective, Dr. social 1996 p 37
Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté, D. 1999, chron. p 323
- RAY** J.-E., Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles », Dr. social 93 p 103
- RAYNAUD** P., La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil, RTDC 1936 p 763
- REBOUL** Y., Nom patronymique, nom commercial et marque, Cah. dr. entreprise 1989, n^o 4, p 28
- REDOR** M.-J., La société démocratique européenne, in Questions sur le droit européen, Colloque Caen 23-2-1996, PUC, 1996, p 69
- REIGNÉ** P., Révocabilité *ad nutum* et faute de la société, Rev. Soc. 1991 p 499
- RÉMY** Ph., La propriété privée considérée comme un droit de l'homme, in La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15-5-1992, PUF, 1993

- RENAULT M.-H.**, L'évolution de l'acte médical, RDSS 1999 p 45
- RENAUT-COUTEAU A.**, La protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire, in G. Lebreton (dir.), Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996, Journée d'études du Havre du 15-5-1997, éd. L'Harmattan, 1998, p 51
- RENOUX Th.**,
L'exception telle est la question, RFDC 1990 p 651
Droits de la défense, in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), Dictionnaire constitutionnel, PUF, 1992
Le droit au recours juridictionnel, JCP 1993, I, 3675
- RENUCCI J.-F.**, Union européenne des droits de l'homme : les enjeux du Traité d'Amsterdam, Rev. pénitentiaire et dr. pénal 1998 p 326
- RESS G.**, Effets des arrêts de la Cour EDH en droit interne et pour les tribunaux nationaux, in Actes du 5^e colloque international sur la CEDH, Francfort 1980, éd. Pédone, 1982, p 235
- REVEL Th.**,
L'ordre public dans les relations du travail, in Th. Revel (coord.), L'ordre public à la fin du XX^e siècle, éd. Dalloz, 1996, p 43
L'argent et la personne, in Mélanges Ch. Mouly, livre I, Litec, 1998, p 141
Que reste-t-il de la liberté du commerce et de l'industrie ?, D. affaires 1998, n° 100, p 51
La liberté du travail, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revel (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 7^e éd. 2001, p 681
- RICHARD Ph.**, Les clauses de non-concurrence, Travail et Protection sociale, Hors-série 3/ 1999, p 32
- RICHARD DE LA TOUR J.**, La vie personnelle du salarié. Etude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale, in Rapport de la Cour de cassation 1999, La documentation française, 2000, p 191
- RIDEAU J.**,
La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne et ses Etats membres, AIJC 1991 p 11
Introduction, l'influence du droit communautaire sur la protection des droits fondamentaux de la personne dans les Etats membres, in L. Dubouis (dir.), Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres, Economica, 1995, p 5
- RIEG A.**, Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle, Arch. phil. droit 1968, t. XIII, p 31
- RIGAUX F.**, La liberté de la vie privée, RIDC 1991 p 539
- RIOUX O.**, Disney : une souris et des hommes, Liaisons sociales, suppl. mensuel 12-1991, n° 64, p 25
- RIPERT G.**, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. II, Librairie Duchemin, 1977 (réimpression de l'édition de 1937), p 353
- RIVERO J.**,
Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ?, D. 1947, chron. p 69
La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, in R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, T. III, Pédone, 1971, p 311
Rapport de synthèse, in L. Favoreu (dir.), Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM Economica, 1982, p 515
Une éthique fondée sur le respect de l'Autre, in 1989. Les droits de l'homme en questions, La documentation française, 1989, p 179
Les limites de la liberté, in Mélanges J. Robert, éd. Montchrestien, 1998, p 189
- RIZZO F.**, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. et Patrimoine 1/2000 p 60
- ROBERT J.**,
Les travaux des différentes commissions d'étude des libertés, in Les droits de l'homme en France, Actes du VII^e colloque de Besançon, 20/1-1-1978, p 7
La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, bilan et réformes, in Les nouveaux enjeux des droits de l'homme, colloque de Stockholm des 20 et 21-4-1989, RDP 1990 p 1247
Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, RUDH 1995 p 269
- ROBIN-OLIVIER S.**, La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, Dr. social 1999 p 609
- ROCHOIS F.**, L'affaire Clavaud, RPDS 1988 p 259
- RODRIGUEZ-PINERO M.**, La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Espagne, in J. Iliopoulos-Strangas (éd.), La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Bruylant Bruxelles, p 253

- ROETS D.**, Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?, D. 1997, chron. p 92
- ROLIN H.**, Conclusions, *in* La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Travaux du colloque de Strasbourg, 14/5-11-1960, Annales fac. Strasbourg, X, éd. Dalloz, 1961, p 405
- ROLLAND M.**, Le respect de l'homme et l'expérimentation médicale, *in* Mélanges R. Cassin, t. I, Pédone, 1969, p 247
- ROMAIN J.F.**, L'ordre public (notion générale) et les droits de l'Homme, *in* L'ordre public, concept et applications, Bruxelles, 1995, p 8
- RONDEAU-RIVIER M.C.**, La Convention des Nations Unies devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu, D. 93 chron. 203.
- ROSENFELD M.**, Pour la Cour suprême, comparaison n'est pas déraison, Le Monde 26-7-1997
- ROUAST A.**, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTDC 1944, p 1
- ROUBIER P.**,
L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *in* Etudes G. Ripert, LGDJ, 1950, p 9
Avant-propos, *in* La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique, Arch. phil. droit 1952, p 1
- ROUCOUNAS E.**, Le droit au consentement et ses restrictions dans le Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997), *in* Mélanges N. Valticos, éd. Pedone, 1999, p 479
- ROUHETTE G.**,
L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard des juridictions civiles, RIDC 1987 p 399
L'article 1^{er} des lois, *in* N. Molfessis (dir.), Les mots de la loi, Journée Paris II, 23-5-1997, Economica, 1999
- ROUSSEAU D.**,
Vers un ordre juridictionnel européen des droits et libertés ? L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité, *in* Conseil constitutionnel et Cour EDH, Colloque Montpellier 20 et 21 janvier 1989, éd. STH, 1990, p 117
Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux, *in* H. Gaudin (dir.), Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?, colloque La Rochelle 6/7-5-1999, Economica, 2001, p 160
- ROZÈS L.**, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. social 1977 p 311
- RUBELLIN-DEVICHI J.**, L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral, *in* Etudes J. Lambert, éd. Cujas, 1975, p 555
- RUCZ Cl.**, Les mesures unilatérales de protection des droits de l'homme devant l'Institut de droit international, AFDI 1992 p 579
- RUPP H.G.**, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Tribunal constitutionnel fédéral allemand, *in* L. Favoreu (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21/2/1981, PUAM 1982, p 242
- SAINT-ALARY R.**, Les droits de l'homme sur son propre corps, *in* Troisièmes journées de droit franco-espagnol, Toulouse, Mai 1957, Annales de la Faculté de droit de Toulouse 58, tome VI, fasc. 1, p 67
- SAINT-JAMES V.**, Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, D. 1997, chron. p 61
- SASSO L.**, Les fonctions des droits fondamentaux en Europe, *in* Questions sur le droit européen, Colloque Caen 23-2-1996, PUC, 1996, p 161
- SAUTEL O.**, Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause), D. 1999, chron. p 487
- SAUVIAT A.**, Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé, LPA 26-10-2000, p 9
- SAVATIER J.**,
La liberté dans le travail, Dr. social 1990 p 49
La protection de la vie privée des salariés, Dr. social 1992 p 329
Vie de couple et rapports de travail, *in* Ecrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p 414
Liberté religieuse et relations de travail, *in* Mélanges J.-M. Verdier, éd. Dalloz, 2001, p 455
- SAVATIER R.**,
Droit privé et droit public, D. 1946, chron. p 25
Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, *in* Mélanges V. Gothot, Liège, 1962, p 567
- SAYAH J.**, Dignité humaine, biologie et médecine, *in* P. Arzac, J.-L. Chabot et H. Pallard (dir.), Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle, éd. L'Harmattan, 1999, p 225

- SCHAEFFER E.**, La mise en œuvre de la protection des droits de l'homme dans le cadre de la Convention européenne et du droit communautaire européen, *in* Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne, XIV^e Congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 12-19/9/1981, Rev. ju. et pol. 82, n° 1, p 662
- SCHERMERS H.G.**, The international protection of the right of property, *in* Mélanges G.J. Wiarda, éd. C. Heymanns Verlag KG, 1988, p 565
- SCHMIDT C.**, La notion positive de Constitution, Droits 1990, n° 12, p 149
- SCHNEIDER C.**, Autonomie de la protection internationale des droits de l'homme au sein du droit international, *in* P. Arsac, J.-L. Chabot et H. Pallard (dir.), Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle, éd. L'Harmattan, 1999, p 11
- SEILLAN R.**, L'acte abdicatif, RTDC 1966 p 686
- SÉRIAUX A.**, Donations et testaments, dispositions générales, clauses d'inaliénabilité, Juris-Classeur civil, art. 900-1, fasc. 40, 1996
- SERRA Y.**,
La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 1996, chron. p 245
Concurrence, obligation de non-concurrence, Répertoire commercial, 1996
Concurrence déloyale, Répertoire commercial, 1996
- SEUBE J.-B.**, La charte du patient hospitalisé : le remède serait-il pire que le mal ?, Cahier de droit de l'entreprise 2001, n° 1, p 2
- SÈVE R.**, Les droits et libertés fondamentaux et la philosophie, *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 5^e éd. 1999, n° 45-1
- SIMLER Ph.**,
Les clauses d'inaliénabilité, D. 1971, L, 416-1
Cause, Notion. Preuve. Sanctions, Juris-Classeur civil, art. 1131 à 1133, Fascicule 10, 1994
- SIMON D.**, La communauté de droit et Débats, *in* Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999
- SOLUS H.**, La jurisprudence contemporaine et le droit du Ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public, *in* Etudes H. Capitant, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977, p 769
- SORDINO M.-C.**, Aménagements conventionnels et révocation *ad nutum* des dirigeants de société anonyme, *in* Mélanges Ch. Mouly, Litec, 1998, Livre II, p 245
- SOULAS DE RUSSEL D.J.M.**, Aspects dogmatiques et critiques des « droits fondamentaux » constitutionnels de la R.F.A., RDP 1980 p 743
- SOYER J.-Cl.**, La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p 125
- SPIELMANN D.**, Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention, *in* L'interprétation de la CEDH, Colloque Montpellier des 13/4-3-1998, Bruylant Bruxelles, 1998, p 133
- SPORTOUCH J.-M.**, Les recours au juge du provisoire en droit du travail, Dr. social 1987 p 503
- STARCK Ch.**, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux, RDP 1988 p 1263
- STEINBERGER H.**, La référence à la jurisprudence des organes de la CEDH devant les tribunaux nationaux, *in* Actes du 6^e colloque international sur la CEDH, Séville 1985, éd. Nijhoff, 1988, p 733
- STOUFFLET J.**, Le droit de la personne sur son image, quelques remarques sur la protection de la personnalité, JCP 1957, I, 1374
- SUDRE F.**,
L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne, RUDH 1991 p 259
Le « contentieux français » à Strasbourg, bilan de onze ans de recours individuel, *in* F. Sudre (dir.), Le droit français et la CEDH, Colloque Montpellier 2/1993, éd. Engel, 1994, p 61
Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH 1995 p 363
Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, *in* Mélanges M.-A. Eissen, LGDJ, 1995, p 381
Existe-t-il un ordre public européen ?, *in* P. Tavernier (éd.), Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, Bruylant Bruxelles, 1996, p 39
La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Les nouveaux droits de l'homme en Europe, Congrès des 29/ 30/31-5-1997, Baléares, Bruylant Bruxelles, 1999, p 103

- La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, *in Etudes offertes à J. Mourgeon, Bruylant Bruxelles*, 1998, p 467
- La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?, *JCP* 1999, I, 100, p 14
- La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux, *in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz*, 5^e éd. 1999, n^o 50
- Introduction, *in Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée nationale CEDECE, Montpellier 4/5-11-1999*
- SUSTERHENN A.**, L'idée des droits de l'homme et sa mise en œuvre, *in Mélanges H. Rolin, éd. Pédone*, 1964
- SZAFRAN D.**, L'incidence des droits de l'homme en droit économique et financier, *in Mélanges P. Lambert, Bruylant Bruxelles*, 2000, p 841
- TALLON D.**,
 Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, *in Mélanges R. Savatier, éd. Dalloz*, 1965, p 883
 Droits de la personnalité, Répertoire civil, 1996
- TEDESCHI P.**, Les droits et les devoirs de l'homme comme éléments indissociables, *Rev. administrative* 1990 p 127
- TÉKÉNIDAS M.**, Rapports entre démocratie et droits de l'homme, *in Démocratie et droits de l'homme, Colloque Thessalonique 24/6-9-1987, éd. N.P. Engel*, 1990 p 11
- TERNEYRE P.**,
 Droit constitutionnel social, *RFDC* 1990 p 339
 Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ?, Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, *in Mélanges G. Peiser, PUG*, 1995, p 473
 La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ?, *AJDA* 1998 p 667
- TERRÉ F.**,
 Sur la sociologie juridique du contrat, *Arch. phil. droit* 1968, t. XIII, p 71
 Etat de droit ou société contentieuse ?, *in J. Foyer (prés.), Les abus du juridisme, Colloque Académie des sciences morales et politiques*, 14 novembre 1995, *L'institut*, 1997, n^o6, p 21
 Conclusions, *in G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, colloque Rennes 20/1-9-1996, Economica*, 1999, p 401
 Sur la notion de droits et libertés fondamentaux, *in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz*, 5^e éd. 1999, n^o 1
 L'indigne Loft Story, *Libération* 15 mai 2001
- TEYSSIE B.**,
 Les libertés des travailleurs dans l'entreprise (Loi n^o 82-689 du 4 août 1982), *JCP éd. CI*, 1983, II, 14017
 Personnes, entreprises et relations de travail, *Dr. social* 1988 p 374
 Droit public et droit social : variations autour d'un thème, *Dr. social* 1991 p 185
 Grève dans le secteur privé, conditions de licéité, *Juris-Classeur Travail Traité, fasc. 70-15*, 1995
 Hommes/femmes : égalité, discrimination, sanction, *Travail et protection sociale* 10/1999, p 3
- THÉRON J.-P.**,
 A propos de la liberté d'entreprendre, *in Etudes G. Péquignot, t. 2, CERAM Montpellier*, 1984, p 675
 Dignité et libertés, propos sur une jurisprudence contestable, *in Etudes offertes à J. Mourgeon, Bruylant Bruxelles*, 1998, p 295
- THIBIERGE-GUELFUCCI C.**, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTDC* 1997 p 357
- THOMAS Y.**, Le sujet de droit, la personne et la nature, *Le Débat* 1998 n^o 100 p 85
- THOUVENIN D.**,
 La loi du 20 décembre 1988 : loi visant à protéger les individus ou loi organisant les expérimentations sur l'homme ?, *ALD* 1989 p 89
 Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil, *D. 2000 chron.* p 485
 La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain, *Justices* 5/2001, Hors-série au *Dalloz* du 24-5-2001
- TOUFFAIT A.**, La compétence communautaire est-elle restreinte au seul domaine économique ?, *Du respect des droits fondamentaux par la CJCE, D. 1976, chron.* p 165
- TOULEMON A.**, Propriété et liberté, *GP* 1978, doct. p 181

- TRAN VAN MINH**, Droits de l'homme et pouvoirs privés, le problème de l'opposabilité, *in* Cao-Huy Thuan (coord.), *Multinationales et droits de l'homme*, PUF, 1984, p 97
- TROPER M.**, La pyramide est toujours debout !, réponse à Paul Amselek, *RDP* 1978 p 1523
- VACARIE I.**, La renonciation du salarié, *Dr. social* 1990 p 757
- VAILHE J.**, L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises, *RTDH* 1999 p 245
- VALTICOS N.**, Universalité et relativité des droits de l'homme, *in* Mélanges L.E. Pettiti, Bruylant Bruxelles, 1998, p 737
- VAN GERVEN W.**,
Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire, *Cah. dr. européen* 1977 p 131
Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux, *Journ. des Tribunaux* 1992 p 305
- VAREILLE B.**, L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme, *D. 2000 chron.* p 626
- VATINET R.**, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, *Dr. social* 1998 p 534
- VEDEL G.**,
Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme, *Pouvoirs* 1988, n° 45, p 149
La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité", *in* La DDHC et la jurisprudence, colloque des 25/6-5-1989, PUF, 1989, p 35
Le « droit au logement » et le principe de la libre administration des collectivités locales, *Pouvoirs locaux* 12-90, n° 7, p 85
La constitution comme garantie des droits, le droit naturel, *in* M. Troper et L. Jaume (dir.), 1789 et l'invention de la constitution, Actes du colloque de l'AFSP, LGDJ/Bruylant, 1994, p 205
- VEDEL G. et RIVERO J.**, Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, collection *Droit social*, 1947, p 19
- VELU J.**,
Rapport *in* La CEDH et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications, 3° colloque international sur la CEDH, Bruxelles, 30-9 au 3-10-1970
Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la CEDH, *in* Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, colloque Bruxelles 24/5-4-1975, éd. Larcier, 1978
- VERDIER J.-M.**,
Syndicats professionnels, constitution et fonctionnement, *Rép. droit du travail*, 1977
Libertés et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge, *D. 1988 chron.* p 63
En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme, *in* Mélanges J. Savatier, PUF 1992, p 427
- VERDUSSEN M.**, Les droits de l'homme et la création artistique, *in* Mélanges P. Lambert, Bruylant Bruxelles, 2000, p 1001
- VERGE P.**, Droits de la personne et droit du travail, recherche d'une interface, *in* Mélanges J.-M. Verdier, éd. Dalloz, 2001, p 491
- VERGÈS J.**, Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire, *in* Mélanges J. Boulouis, Dalloz, 1991, p 513
- VERHAEGEN J.**, L'humainement inacceptable en droit de la justification, *in* Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Xes Journées J. Dabin, Bruylant Bruxelles, 1982, p 137
- VÉRICEL M.**, Sur le pouvoir normateur de l'employeur, *Dr. social* 1991 p 120
- VERPEAUX M.**, Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : permanence et actualité, *CJEG* 12/1999 p 411
- VIANDIER A.**, Les conflits entre cédant et cessionnaire relatifs au nom, *RJCom* 1995 p 1
- VILLEY M.**, La philosophie du droit de Burke, (1969), *in* Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Dalloz, 1976, p 126
- VINCENT L.**, Inaliénabilité, Répertoire civil, 1973
- VIVIEN G.**, De l'erreur déterminante et substantielle, *RTDC* 1992 p 305
- VLACHOS G.**, La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste, *RIDC* 1972, n° 2, p 279

VOIRIN P.,

« Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie », A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1963, D. 1963, chron. p 247

Evolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament, *in* Etudes H. Capitant, Topos Verlag AG/Librairie Duchemin, 1977, p 895

WACHSMANN P.,

La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour EDH, *in* Etudes J. Schwob, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, p 241

Les droits de l'homme, RTDE 1997, n° 4 (spécial Traité d'Amsterdam), p 883

WALINE J., Propriété industrielle et droit public, *in* Mélanges J.-J. Burst, éd. Litec, 1997, p 667**WAQUET Ph.,**

Le contrôle du règlement intérieur, AJDA 1991 p 592

Vie personnelle et vie professionnelle du salarié, CSBP 1994 p 289

Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, *in* colloque Travail, libertés et vie professionnelle du salarié, GP 1996, 3, 1427

Le pouvoir de direction et les libertés des salariés, Dr. social 2000 p 1051

La Cour de cassation et les droits fondamentaux, *in* colloque Justice et droits de l'homme, Tréguier 20/1-5-2000, GP 20-12-2000 p 15

WERRO F., La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, *in* F. Werro (dir.),

L'Européanisation du droit privé, vers un code civil européen ?, éd. Fribourg Suisse, 1998, p 3

WEILER J. et EHMANN I., Limits, *in* R. Bieber (et. al.), Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne, Baden-Baden Nomos, 1996, p 336**WIEDERKEHR G.,** L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé, *in* G.

Cohen-Jonathan et al., Droits de l'homme en France, Dix ans d'application de la CEDH devant les juridictions judiciaires françaises, Engel, 1985, p 139

WILDHABER L., Intervention du 7 mars 2000, Bulletin d'information sur les droits de l'homme n° 49, Conseil de l'Europe, Septembre 2000, p 53**WITZ Cl.,** Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000 chron. p 79**ZAMPINI F.,** La CJCE gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire", RTDE 1999 p 659**ZANGHI C.,** La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, *in* R. Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, t. III, Pédone, 1971, p 269**ZILLER J.,** Le principe de proportionnalité, AJDA 1996, numéro spécial "Droit communautaire et droit administratif", p 185

4) Observations, notes, rapports et conclusions.

ABRAHAM R.,

concl. sur CE, Ass, 19-4-1991 (deux arrêts), RFDA 91 p 502

concl. sur CE 17-5-1991, RDP 91 p 1429

AGOSTINI E., n. sous Paris 1-2-1989, D. 90 p 48**AGUILA Y.,** concl. sur CE 10-3-1995, AJDA 95 p 332**ALFANDARI E.,** n. sous Ass. Plé. 9-2-2001, D. 2001 p 1493**ALFANDARI E. et JEANTIN M.,** obs. sous TI Valence, 28-6-1989, RTDCom 90 p 222**ALZUYETA,** concl. sur Paris 30-3-1990, Dr. ouvrier 8/90 p 296**AMIEL-DONAT J.,** n. sous Soc. 14-5-1992, JCP 92, II, 21889**AMIEL-DONAT J. et SERRA Y.,** n. sous Paris 3-5-1984, D. 85 p 156**AMSON D.,** obs. sous Civ. 1°, 5-5-1987, D. 88, SC p 197**ANTONMATTÉI P.-H.,**

obs. sous Soc. 11-7-2000, Dr. et patrimoine 3/2001 p 115

obs. sous Soc. 13-3-2001, Dr. et patrimoine 10/2001 p 110

ARDANT Ph., n. sous Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541

ATIAS Ch.,

n. sous Aix-en-Provence, 15-2-1996, Dr. prospectif 3/ 96 p 1027

n. sous Civ. 1°, 21-3-2000, D. 2000 p 593

AUBERT J.-L., obs. sous Civ. 1°, 17-7-1996, Rép. Def. 97 p 346

AUBERT-MONPEYSSSEN Th., n. sous Soc. 14-12-1999, JCP 2000, éd. E, p 902

AUBY J.-M.,

n. sous TC 25-11-1963, JCP 64 II 13493

obs. sous CE 1-2-1980, RDP 80 p 1717

BACQUET A., concl. sur CE 1-2-1980, Dr. social 80 p 310

BARBIER P., n. sous TGI Paris, 6-11-1973, GP 74,1, 299

BARBIÈRI J.-F., obs. sous Civ. 1°, 31-1-1989, JCP 89, II, 21294

BARON G., obs. sous Civ. 1°, 8-11-1983 et Paris 24-5-1983, D. 84, IR p 486

BARTMANN L., n. sous T.I. Strasbourg 19-11-1996, LPA 17-12-1997

BEAUGENDRE S., n. sous Civ. 3°, 2-6-1999, D. 2000 p 733

BEIGNIER B.,

n. sous Civ. 1°, 25-6-1996, Dr. famille 96 n° 26

obs. sous Civ. 1°, 8-12-1998, Dr. famille 99 n° 32

obs. sous Poitiers 17-2-1998, Dr. famille 99, n° 56

BÉNABENT A.,

n. sous Rennes 14-2-1972, JCP 75, II, 17934

obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, Rép. Def. 96 p 1432

BENHAMOU Y.,

n. sous Civ. 1°, 15-7-1993, JCP 94, II, 22219

n. sous CE 10-3-1995, D. 95 p 617

BENOIT-ROHMER F., n. sous Cour EDH 16-12-1992, D. 93 p 561

BERNARD A., concl. sur CE 11-3-1960, Dr. social 60 p 416

BERNARD J.,

communication sur Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, JCP 91, II, 21752

obs. sous Soc. 14-1-1999, Dr. social 99 p 219

BEY E.-M., n. sous Dijon, 2-9-1986, JCP 87, II, 20865

BIGOT C., obs. sous Versailles 16-1-1998, D. 99 SC p 168

BINET P., n. sous Civ. 17-12-1913, D. 1914, I, 261

BOIZARD M., obs. sous Com. 17-7-2001, D. affaires 2001 p 2749

BOLZE A., n. sous Civ. 1°, 10-2-1998, JCP (N) 98 p 1626

BON P., **CRUZ P.** et **MODERNE F.**, obs. sous T. Constitutionnel espagnol, 29-11-90, AIJC 90 p 559

BONET G., n. sous Com. 12-3-1985, JCP 85, II, 20400

BONNET Ph., concl. sur Paris 26-9-1996, GP 97 p 21

BOULOUIS J., n. sous Cass. ch. mixte 24-5-1975, AJDA 75 p 567

BOUSCHARAIN M., rapport sur Ass. Plé. 6-11-1998, Bull. inf. p 10

BREDIN J.-D., obs. sous TGI Grenoble 6-4-1964, RTDC 64 p 583

BROUSSOLLE Y., n. sous CC 3-8-1994, JCP 95, II, 22404

BRUN R., obs. sous Civ. 3°, 14-12-1976, AJPI 77 p 732

BURST J.-J., n. sous Com. 6-5-1974, JCP 74, II, 17859

CABANNES, concl. sur Paris 15-5-1970, D. 70 p 466

CAPITANT H., n. sous Civ. 12-12-1921, D. 22, 1, p 153

CAPOTORTI F., concl. sur CJCE 13-12-1979, Rec. p 3727

CAPOULADE P. et **GIVERDON Cl.**, obs. sous Paris 6-5-1993, RDI 93 p 413

CARBONNIER J.,

n. sous T. civ. Lille, 18-3-1947, D. 47 p 507

n. sous T. civ. Châtelleraut, 8-2-1949, D. 49 p 467

obs. sous Soc. 18-10-1052, RTDC 53 p 124

CHAMBON P., n. sous Crim. 4-5-1994, JCP 94, II, 22349

CHANARON, concl. sur TGI Grenoble 6-4-1964, D. 64 p 317

CHARTIER Y., rapp. sur Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, D. 91 p 417

CHAVANNE A. et **AZÉMA J.**, obs. sous Com. 12-3-1985, RTDCCom 86 p 245

CHEVILLARD A.,

n. sous Paris 7-6-1990, JCP 91, éd. E, II, 191
 n. sous Paris 10-4-1991, JCP 91, éd. E, II, 225
 obs. *in* JCP 1993, éd. E, I, 235, n° 48

CHEVILLARD F., obs. sous CJCE 6-6-2000, RTDH 2001 p 821

CLERGERIE J.-L.,

n. sous CJCE 5-10-1994, D. 95 p 421
 n. sous CJCE 26-10-1999, D. 2000 p 485

COHEN D.,

n. sous Com. 26-4-1994, Rev. des sociétés 94 p 725
 n. sous Paris 27-10-1995, Rev. des sociétés 96 p 84

COHEN-JONATHAN G.,

obs. sous Cour EDH 6-2-1976, CDE 78 p 343
 obs. sous Cour EDH 18-1-1978, CDE 79 p 465
 n. sous Cour EDH, 27-2-1980, CDE 82 p 196
 obs. sous Cour EDH 22-10-1981, CDE 82 p 221
 obs. sous Cour EDH 2-3-1987, CDE 88 p 487
 n. sous Cour interaméricaine des droits de l'homme 29-7-1988, RGDIP 1990 p 455
 n. sous Cour EDH 18-2-1999, GP 21/3-5-2000 p 21

COHEN-JONATHAN G. et JACQUÉ J.-P., obs. *in* AFDI 1980 p 362

COLLART-DUTILLEUL F., obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, RDI 96 p 620

CONSTANTINESCO VI., n. sous CJCE 13-12-1979, JDI 81 p 174

CORNEILLE, concl. sur CE 6-8-1915, S. 1916, III, 9.

CORNU G.,

obs. sous TGI Seine 15-6-1961 et Paris 30-4-1963, RTDC 63 p 570
 obs. sous Paris 15-11-1966, RTDC 67 p 189
 obs. sous TGI Aix-en-Provence 6-12-1968, RTDC 69 p 353

CORRIGNAN-CARSIN D., n. sous Ass. Plé. 6-11-1998, JCP 99, II, 10004

COSTE-FLORET P., n. sous Crim. 30-6-1976, D. 77 p 1

COUDERT M.-A., n. sous Com. 22-1-1972 et Rennes 25-4-1972, Rev. des sociétés 74 p 101

COUSSIRAT-COUSTÈRE V.,

obs. sous Cour EDH 23-9-1982, AFDI 85 p 415
 obs. *in* AFDI 1991 p 581

COUTURIER G.,

obs. sous avis CE 22-3-1973, Les grands avis du Conseil d'Etat, éd. Dalloz, 1997, p 123
 obs. sous Soc 28-4-1988, Dr. Soc. 88 p 428
 obs. sous Soc. 19-11-1996, Dr. social 97 p 95
 obs. sous Soc. 28-10-1997, Dr. social 98 p 78

C.R.D.P. Nancy II,

obs. sous Paris 28-3-1995 et Civ. 3°, 6-3-1996, D. 96, SC p 379
 obs. sous Versailles 29-1-1999, D. 2001, SC p 169

DAIGRE J.-J., n. sous Paris 3-7-1998, JCP 99, II, 10008

DARMON M., concl. sur CJCE 27-11-1991, Rec. p I-5545

DA SILVA FARGE D., n. sous Versailles 13-10-1998, JCP 99, II, 10030

DEBLIQUIS M., obs. sous TGI Havre, 15-2-1996, Dr. ouvrier 96 p 374

DECAUX E., n. sous Cour EDH, 22-2-1994, JDI 95 p 746

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., obs. sous Civ. 1°, 25-6-1996, D. 97, SC p 275

DELAMARE P., obs. sous Ass. Plé. 9-2-2001, Rev. Lamy Droit des affaires 4/2001 p 26

DE LAMY B., n. sous Civ. 3°, 6-3-1996, D 97 p 167

DELANNAY Ph., n. sous CJCE 12-12-1974, CDE 76 p 204

DELEBECQUE Ph., obs. sous Com. 22-10-1996, D. 97 SC p 175

DERIEUX E., n. sous Cour EDH 21-1-1999, JCP 99, II, 10120

DESBOIS H.,

obs. sous Aix-en-Provence 23-2-1965, RTDCom 65 p 849
 obs. sous Paris 15-11-1966, RTDCom 67 p 152

DE SCHUTTER O., n. sous CJCE 5-10-1994, RTDH 95 p 97

- DÉSIRY R.**, n. sous Civ. 3°, 7-2-1962, JCP 62, II, 12727
- DE TISSOT O.**, n. sous Soc. 6-10-1993, Dr. social 94 p 353
- DOBKINE M.**, n. sous Paris 15-1-1993, JCP 93 éd. E, 414
- DOMINGO M.**, concl. sur Paris 27-1-1992, RJS 93 p 409
- DOUCET J.-P.**, n. sous Aix-en-Provence 23-4-1990, GP 90, 2, 575
- DRAGO R.**, n. sous Ass. Plé. 30-6-1995, D. 95 p 513
- DUBAELE Th.**, obs. sous Douai 3-4-1991, D. 93 SC p 129
- DUPIN**, concl. sur Paris, 13-7-1949, Dr. Soc. 49 p 309
- DUPLAT J.**, concl. sur Soc. 14-12-1999, Dr. social 2000 p 163
- DURAND Cl.-F. et VAN RAEPENBUSCH S.**,
obs. sous CJCE 9-12-1997, CDE 99 p 398
obs. sous CJCE 17-2-1998 CDE 99 p 437
- DURAND P.**, n. sous Trib. civ. Seine, 21-4-1948, Dr. Soc. 48 p 258
- DUTHEILLET DE LAMOTHE A.**, concl. sur CJCE 17-12-1970, Rec. p 1125
- ÉCOUTIN H.**, concl. sur Soc. 28-4-1988, Dr. Soc. 88 p 428 et Dr. Ouvrier 88 p 250
- EDELMAN B. et LABRUSSE-RIOU C.**, n. sous Paris 15-6-1990, JCP 91, II, 21653
- EISENMANN Ch.**, n. sous CE 6-11-1936, D. 38, 3, 1
- ELMER M.B.**, concl. sur CJCE 17-2-1998, Rec. p 621
- ESCANDE-VARNIOL M.-C.**, n. sous Soc. 16-12-1997, JCP 98, II, 10101
- FABRE-MAGNAN M.**,
obs. sous Com. 22-10-1996, JCP 97, I, 4002, n° 1
obs. sous CC 20-3-1997, JCP 97, I, 4039, n° 1
obs. sous Com. 13-5-1997, JCP 99, I, 114, n° 4
- FARNOCCIA S.**, n. sous Saint-Denis-de-la Réunion, 9-9-1997, D. 98 p 546
- FAUGÉROLAS L.**, n. sous Com. 29-4-1997, Bull. Joly Bourse 97 p 391
- FAVOREU L.**
n. sous CC 2-12-1976, RDP 78 p 817
n. sous CC 18-1-1978, RDP 78 p 834
obs. sous CC 16-1-1982, RDP 82 p 377
obs. sous CC 10 et 11-10-1984, RDP 86 p 395
obs. sous CC 16-1-1991, RFDC 91 p 294
n. sous CC 27-7-1994, RFDC 94 p 799
- FAVOREU L. et PHILIP L.**, n. sous CC 15-1-1975, RDP 75 p 185
- FLAUSS J.-F.**,
n. sous Cour EDH 19-3-1991, D. 92 p 177
obs. sous CJCE 30-3-1993, RTDH 94 p 445
n. sous CE, Ass., 30-10-1998, RDP 99 p 919
- FLECHEUX O.**, n. sous Cour EDH 21-9-1992, GP 95 p 521
- FOULON-PIGANIOL J.**, n. sous Civ. 1°, 13-10-1964, D. 65 p 209
- FRANÇON A.**, obs. sous Civ. 1°, 7-4-1987, RTDCom 88 p 224
- FRICERO N.**, obs. sous Cour EDH 24-2-1998, D 98 SC p 371
- FRIEDEL G.**, n. sous Civ. 2° sect. 26-11-1953, D. 56 p 154
- FRISON-ROCHE M.-A. et NUSSENBAUM M.**, n. sous Com. 29-4-1997, D. 98 p 334
- FRYDMAN P.**,
concl. sur CE 20-10-1989, RFDA 89 p 813
concl. sur CE 17-2-1995 (deux arrêts), Rec. p 82
concl. sur CE, Ass., 27-10-1995 (deux arrêts), RFDA 95 p 1204
- GAÏA P.**, obs. sous CC 21-1-1994, D. 95 SC p 302
- GARAUD E.**,
n. sous Com. 1-12-1998, JCP 99, II, 10057
n. sous Soc. 12-1-1999, RJPF 5/99 p 8
- GARÉ Th.**, n. sous TGI Rochefort-sur-Mer, ord. J.A.M., 27-3-1992, JCP 92, II, 21885
- GAUMONT-PRAT H.**, obs. sous Paris 6-11-1997, D. 98 SC p 161

- GAURIAU B.**,
 obs. sous Soc. 12-1-1999, LPA 31-3-1999 p 10
 obs. sous Soc 18-5-1999, Dr. social 99 p 734
- GAUTIER P.-Y.**, obs. sous Civ. 1^o, 21-3-2000, RTDC 2000 p 592
- GAVALDA Ch.**, n. sous Civ. 1^o, 28-11-1984, D. 85 p 313
- GAZIER**, concl. sus CE, Ass, 7-7-1950, Dr. Soc. 50, p 317
- GENEVOIS B.**,
 n. sous CE 20-10-1989, RFDA 89 p 813
 n. sous CC 22-1-1990, RFDA 90 p 406
- GEORGIN P.**, obs. sous Cour EDH, 22-2-1994, RTDH 95 p 53
- GERMAIN M. et FRISON-ROCHE M.-A.**,
 obs. sous Paris 15-1-1993, Rev. dr. bancaire 93 p 93 n^o 6
 obs. sous Paris 16-5-1995, Rev. dr. bancaire 95, n^o 50, p 149
- GERVAIS A.**, n. sous Civ. sect. soc., 27-1-1956, D. 56 p 481
- GHESTIN J.**, n. sous Com. 12-3-1985, D. 85 p 471
- GHEVONTIAN R.**, n. sous CE, ord. réf., 24-2-2001, D. 2001 p 1749
- GIBIRILA D.**,
 n. sous Com. 26-4-1994, JCP 95, II, 22369
 n. sous Com. 3-1-1996, JCP 96, II, 22658
- GOFFIN L.**, obs. sous Bruxelles, 4-10-1993, RTDH 94 p 605
- GRIDEL J.-P.**, n. sous Civ. 1^o, 20-2-2001, D. 2001 p 1199
- GRIMALDI M.**, obs. sous Civ. 1^o, 4-1-1995, D. 95 SC p 328
- GUIHO P.**,
 n. sous Trib. civ. Chambéry, 2-12-1952, JCP 53 II 7362
 n. sous Ch. mixte 17-10-1975, D. 76 p 511
- GUILLOT E.J.**, obs. sous Civ. 3^o, 27-11-1973, JCP 74, II, 17644
- GULPHE**, concl. sur Civ. 1^o, 10-1-1984 JCP 84, II, 20210
- GUYÉNOT J.**, n. sous Com. 17-7-1984, Rev. sociétés 84 p 791
- HAMON L.**, obs. sous CC 26-7-1984, D. 85 IR p 360
- HARICHAUX M.**, n. sous Cour EDH 4-12-1995, JCP 96, II, 22648
- HAUSER J.**,
 obs. sous Crim. 23-5-1995, RTDC 96 p 130
 obs. sous Civ. 3^o, 6-3-1996, RTDC 96 p 580
 obs. sous Civ. 1^o, 25-6-1996, RTDC 96 p 873
 obs. sous Civ. 1^o, 5-11-1996, RTDC 97 p 632
 obs. sous Civ. 2^o, 19-3-1997, RTDC 97 p 632
 obs. sous Paris 6-11-1997, RTDC 98 p 87
 obs. sous avis Cass., 6-7-1998, RTDC 98 p 881
- HAUSER J. et HUET-WEILLER D.**, obs. sous Soc. 17-4-1991, RTDC 91 p 706
- HEERS M.**, concl. sur CAA Paris, 9-6-1998 (deux espèces), RFDA 98 p 1231
- HELMONS M.**, n. sous Cass. belge, 21-1-1982, CDE 83 p 347
- HENRY M.**,
 n. sous Riom 15-4-1986, Dr. ouvrier 86 p 204
 n. sous C. Prud. Montluçon, 24-11-1986, Dr. ouvrier 87 p 1
- HOCREITÈRE P.**, obs. sous CC 21-1-1994, RFDA 95 p 7
- HONORAT J.**, obs. sous Com. 26-4-1994, Rép. Def. 94 p 1029
- HOUVER R.**, n. sous TGI Strasbourg (réf.), 31-10-1985, GP 87, 1, 60
- HUET-WEILLER D.**, n. sous TGI Paris 10-2-1981, JCP 81, II, 19624
- HUGLO J.G.**, n. sous CJCE 25-7-1991, D. 91 p 444
- JACOBS F.G.**,
 concl. sur CJCE 13-7-1989, Rec. p 2609
 concl. sur CJCE 30-3-1993, Rec. p 1191
- JAMIN Ch.**, obs. sous Civ. 3^o, 6-3-1996, JCP 96, I, 3958, n^o 1
- JAUFFRET A.**, obs. sous Soc. 18-10-1952, RTDCom 53 p 83

JEAMMAUD A.,

n. sous Soc. 16-12-1992, Dr. social 93 p 267

obs. sous Soc. 18-2-1998, Dr. social 98 p 506

JEAMMAUD A. et LE FRIANT M., n. sous Soc 28-4-1988, Dr. Ouvrier 88 p 250

JÉOL M.,

concl. sur Ass. Plén. 11-12-1992, deux arrêts, JCP 93, II, 21991

concl. sus Ass. Plé. 30-6-1995, D. 95 p 513

JOBARD Y., concl. sur Paris 16-5-1995, GP 95, 3, 570

JOINET M., concl. sur Ass. Plé. 6-11-1998, Bull. inf. p 10

JOURDAIN P.,

obs. sous Civ. 1^o, 5-11-1996, D. 97, SC p 289

obs. sous Civ. 2^o, 19-3-1997, RTDC 97 p 675

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., n. sous Paris, 31-10-1963, D. 64 p 286

KESSLER D., concl. sur CE, Ass, 2-7-1993, RFDA 93 p 1002

KIBALO ADOM J., n. sous Soc. 24-4-2001, D. 2001 p 2445

KINSCH P., obs. sous Com. EDH 12-1-1994, Bull. dr. homme 3-94 p 133

KOBINA GABA H., n. sous Soc. 13-3-2001, D. 2001 p 2339

KOUBI G., n. sous CE 10-3-1995, D. 95 p 365

KOVAR R., n. sous CJCE 15-7-1964, JDI 64 p 697

LACHAUME J.-F.,

obs. sous Cass. ch. mixte 24-5-1975, AFDI 76 p 867

obs. *in* AFDI 1979 p 860

obs. sous Civ. 1^o, 28-11-1984, AFDI 85 p 937

LAFUMA E., obs. sous Soc. 18-4-2000, D. 2001 SC p 821

LAGRANGE M., concl. sur CJCE 15-7-1964, Rec. p 1141

LAHALLE T., obs. sous Soc. 12-1-1999, JCP 99, I, 181 n^o 3

LALOU H., n. sous Lyon, 27-6-1913, DP 14, 2, p 74

LAPOYADE DESCHAMPS Ch., n. sous Nancy 29-11-1982, D. 85 p 354

LATOURNERIE, concl. sur CE 6-11-1936, S. 37, III, 33 et D. 38, 3, 1

LAULOM S., n. sous Civ. 1^o 5-11-1996, D. 97 p 403

LAURENT-MERLE I., n. sous Cour EDH 27-8-1997, D. 2000 p 521

LAUSSINOTTE S., obs. sous Paris 17-9-1993, Dr. ouvrier 2-94 p 72

LE BRIS R.-F., n. sous CC 28-5-1983, AJDA 83 p 619

LE CANNU P., n. sous Com. 26-4-1994, BJ 94 p 831

LE GUIDEC R., obs. sous Civ. 1^o, 8-12-1998, JCP 99, I, 189 n^o 10

LENOIR P., obs. sous CJCE 17-2-1998, RTDH 99 p 399

LENZ C.O.,

concl. sur CJCE 18-6-1991, Rec. p 2925

concl. sur CJCE 15-12-1995, Rec. p 4921

concl. sur CJCE 9-12-1997, Rec. p 6959

LEPAGE A., obs. sous Civ. 1^o, 20-12-2000, D. 2001 SC p 1990

LEQUETTE Y., n. sous Paris 14-6-1994, Rev. crit. DIP 95 p 308

LE TALLEC G., n. sous Com. 12-3-1985, GP 85, 1, 246

LE TOURNEAU Ph., n. sous Civ. 1^o, 25-1-1972, D. 72 p 413

LETOURNEUR, concl. sur CE 28-5-1954, Rec. p 308

LEVENEUR L.,

obs. sous Com. 22-10-1996, Cont. Conc. Conso. 2/97 n^o 24

obs. sous Civ. 1^o, 21-3-2000, Cont. Conc. Conso. 8-9/2000 n^o 126

LHERNOULD J.-P.,

n. sous Conseil Prud. Laval du 5-11-1998, Dr. social 99 p 129

n. sous Soc. 24-4-2001, Dr. social 2001 p 723

LINDON R.,

n. sous Soc. 14-1-1960, 5-5-1960 et 6-5-1960, JCP 60, II, 11692

n. sous Civ. 1^o, 6-7-1965, D. 65 p 701

n. sous Ch. mixte, 17-10-1975, JCP 76, II, 18238

- n. sous Lyon 7-10-1976, JCP 77, II, 18615
n. sous Ass. Plé. 19-5-1978, JCP 78, II, 19009
LOISEAU G., obs. sous Civ. 1°, 20-2-2001, Dr. et patrimoine 6/2001 p 96
LOMBARD M.,
n. sous Civ. 1°, 28-11-1984, JCP 86, II, 20600
n. sous Com. 9-11-1993, D. 94 p 399
LUCAS-GALLAY I., n. sous Civ. 2°, 19-3-1997, LPA 8-3-1999 p 16
LUCHAIRE F.,
n. sous CC 21-10-1988, D. 89 p 285
n. sous CC 4-7-1989, D. 90 p 209
obs. sous CC 27-7-1994, RDP 94 p 1647
LYON-CAEN G.,
n. sous TI Besançon, 15-5-1963, D. 63 p 753
n. sous Riom 2-3-1987, Dr. ouvrier 87 p 97
obs. sous Soc. 8-4-1992, D. 92 SC p 293
- MALAURIE Ph.**,
n. sous Soc. 18-3-1955, D. 56 p 517
n. sous Com. 8-11-1972, D. 73 p 753
n. sous Civ. 1°, 25-6-1996, JCP 97, II, 22834
MARGUÉNAUD J.-P.,
n. sous Cour EDH 30-6-1993, D. 94 p 182
n. sous Cour EDH, 22-2-1994, D. 95 p 5
obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, RTDC 96 p 1024
obs. sous Civ. 1°, 25-6-1996, RTDC 97 p 542
obs. sous Civ. 1°, 11-3-1997 et 24-2-1998, RTDC 1998 p 520
obs. sous Cour EDH 24-2-1998, RTDC 99 p 498
obs. sous Cour EDH 29-4-1999, RTDC 99 p 915
MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J.,
n. sous Cour EDH 25-4-1996, D. 97 p 363
n. sous Soc. 12-1-1999, D. 99 p 645
n. sous Cour EDH 29-2-2000, D. 2001 p 574
MARON A., obs. sous Crim. 12-12-2000, Dr. pénal 3/2001, n° 38
MASSIP J.,
n. sous Paris 9-3-1979, D. 79 p 471
n. sous Civ. 1°, 5-5-1987, D. 88 p 77
rapport sur Civ. 1°, 13-12-1989, D. 90 p 273
n. sous Ass. Plén. 11-12-1992, deux arrêts, Rép. Def. 93 p 431
n. sous Civ. 1°, 10-3-1993, D. 93 p 361
n. sous Civ. 1°, 15-7-1993, D. 94 p 191
obs. sous Civ. 1°, 25-6-1996, Rép. Def. 97 p 310
MASSOT J. et DEWOST J.-L., obs. sous CE 13-3-1968, AJDA 88 p 221
MATHIEU B.,
n. sous Soc. 7-6-1995, D. 96 p 75
n. sous CC 27-6-2001, D. 2001 p 2533
MATHIEU B. et VERPEAUX M.,
obs. sous CC 9-4-1996, LPA 4-9-96 p 6
obs. sous CC 20-3-1997, JCP 97, I, 4066, n° 16
obs. sous CC 29-7-1998, JCP 99, I, 141, n° 5
MATSOPOULOU H., n. sous Ass. Plé. 5-2-1999, JCP 99, II, 10060
MATTER, concl. sur Civ. 22-12-1931, D. 32, 1, 131
MAUGÛE Ch.,
concl. sur CE 29-12-1995, Dr. social 95 p 391
concl. sur CE, Ass, 30-10-1998, RFDA 98 p 1081
MAURER B., obs. sous Cour EDH 24-2-1998, RTDH 99 p 595
MAYAUD Y., obs. sous Crim. 25-11-1997, RSC 98 p 543
MAYER D. et CHASSAING J.-F., n. sous Crim. 12-12-2000, D. 2001 p 1340

- MAYRAS H.**, concl. sur CJCE 28-10-1975, Rec. p 1219
- MAZEAUD A.**, n. sous Soc. 16-7-1998, Dr. social 98 p 950
- MAZEAUD D.**, obs. sous Com. 22-10-1996, Rép. Def. 97 p 333
- MAZEAUD J.**, obs. sous Paris 13-1-1959, RTDC 59 p 322
- MAZEAUD L.**, n. sous Toulouse 23-10-1934, DP 35, 2, p 49
- MELCHIOR M.**, obs. *in* CDE 1976 p 468
- MELIN-SOUCRAMANIEN F.**, obs. sous CC 21-1-1994, RFDA 94 p 364
- MÉMETEAU G.**,
n. sous Aix-en-Provence 23-4-1990, JCP 91, II, 21720
n. sous Ass. Plén. 11-12-1992, deux arrêts, JCP 93, II, 21991
- MERLE Ph.**, n. sous Com. 6-5-1974, Rev. des sociétés 74 p 534
- MERLIN J.**, rapport sur Ch. mixte 10-4-1998 (trois arrêts), Dr. social 98 p 565
- MESTRE A.**,
n. sous CE 19-5-1933, S. 34, III, 1
n. sous CE 6-11-1936, S. 37, III, 33
- MESTRE J.**,
obs. sous Com. 4-1-1994, RTDC 94 p 349
obs. sous Soc. 7-6-1995, RTDC 96 p 153
obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, RTDC 96 p 897
obs. sous CC 30-12-1996, RTDC 97 p 416
obs. sous CC 20-3-1997, RTDC 98 p 99
- MESTRE J. et FAGES B.**, obs. sous Soc 18-5-1999, RTDC 2000 p 326
- MICHEL**, concl. sur CE 19-5-1933, S. 34, 3, 1
- MILET L.**, n. sous Soc. 7-6-1995, Dr. ouvrier 2/96 p 95
- MOLFESSIS N.**,
obs. sous CC 10-6-1998, RTDC 98 p 797
obs. sous CC 29-7-1998, RTDC 98 p 799
obs. *in* RDTC 1999 p 236
obs. *in* RTDC 1999 p 729
- MONGIN**, rapport sur Crim. 30-6-1976, JCP 76, II, 18435
- MONTANIER M.**, concl. sur Com. 12-3-1985, JCP 85, II, 20400
- MORAND-DEVILLER J.**, obs. sous CC 21-1-1994, Rev. adm. 94 p 75
- MOREAU M.A.**, obs. sous CJCE 25-7-1991, Dr. social 92 p 174
- MOREL R.**, n. sous Req. 17-3-1925, S. 27 p 281
- MORELLET J.**, n. sous TGI Seine 15-6-1961, Dr. social 62 p 91
- MORVAN S.**, n. sous Civ. 1°, 30-5-2000, LPA 20-4-2001 p 15
- MOULY J.**,
n. sous Soc. 25-4-1990 et 3-7-1990, D. 91 p 507
obs. sous Limoges 14-6-1995, RJCO 96 p 212
n. sous Soc. 18-11-1998, D. 99 p 443
n. sous Soc. 18-4-2000, D. 2001 p 263
obs. sous Crim. 14-6-2000, Dr. social 2000 p 1036
obs. sous Soc. 4-7-2000, Dr. social 2000 p 919
obs. sous Soc. 11-7-2000, Dr. social 2000 p 1141
n. sous Soc. 17-10-2000, D. 2001 p 2061
- MOULY J. et MARGUÉNAUD J.-P.**, n. sous Soc. 14-1-1999, D. 99 p 334
- MOUSSY P.**,
obs. sous C. Prud. Poissy, réf., 16-7-1991, Dr. ouvrier 92 p 194
obs. sous Paris 15-11-1995, Dr. ouvrier 96 p 173
- NAQUET E.**, n. sous Req. 11-11-1912, S. 14, 1, 185
- NEPVEU**, concl. sur Paris 2-12-1960, JCP 60, II, 11881
- NERSON R.**,
obs. sous Paris 15-5-1970, RTDC 71 p 114
obs. sous Paris 21-1-1972, RTDC 72 p 589
- NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J.**, obs. sous Paris 9-3-1979, RTDC 81 p 622
- NGUYEN VAN TUONG**, n. sous Civ. 3°, 6-3-1996, JCP 97, II, 22764
- NIBOYET J.-P.**, n. sous Civ. 25-5-1948, S. 49, 1, 21

NIBOYET M.-L., n. sous Civ. 1°, 3-7-2001, D. 01 p 3378

OLIVIER J.-M., obs. sous Soc. 24-4-2001, TPS 7/2001 n° 258

PACTEAU B.,

n. sous CE, Sect. 7-12-1979, JCP 81, 19500

n. sous CE 22-1-1982, D. 82 p 494

PACTET P., obs. sous CE, Sect., 16-3-1962, Dr. social 63 p 80

PAILLET M., n. sous CC 25-7-1979, D. 80 p 101

PAISANT J., n. sous Civ. 1°, 17-7-1996, JCP 96, II, 22747

PANSIER F.-J., obs. sous Soc. 18-4-2000, CSBP 7/2000, n° A 33

PARLÉANI G., n. sous Com. 12-3-1985, Rev. des sociétés 85 p 607

PATARIN J., obs. sous Civ. 1°, 8-12-1998, RTDC 2000 p 148

PAUCOT M., concl. sur Civ. 3°, 11-3-1971 (deux arrêts), JCP 71, II, 16722

PAUTOT S., obs. sous TI Antony, 5-5-1997, GP 97, 2, 507

PEISER G., n. sous Civ. 1°, 28-11-1984, Rev. crit. DIP 85 p 506

PÉLISSIER J., obs. sous Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78, IR p 391

PELLOUX R., obs. sous Cour EDH 23-7-1968, AFDI 68 p 201

PENNEAU J.,

n. sous Civ. 1°, 27-11-1984, D. 86 p 448

obs. sous Civ. 1°, 11-5-1999, D. 99, SC p 385

PETIT B. et REINHARD Y.,

obs. sous Com. 26-4-1994, RTDCom 94 p 736

obs. sous Com. 3-1-1996, RTDCom 96 p 485

PETIT C., concl. sur Civ. 1°, 7-10-1998, JCP 98, II, 10185

PETTITI Ch.,

n. sous Paris 30-3-1990, GP 90, 2, 630

obs. sous Soc. 12-1-1999, TPS 4-99 p 4

n. sous Cour EDH 28-10-1999, GP 21/3-5-2000

PHILIP Ch., n. sous CJCE 8-4-1976, RTDE 76 p 521

PIC P., n. sous Civ. 26-3-1928, D. 30, 1, 145

PICCA G. et SAURET A.,

n. sous Soc. 12-1-1999, LPA 18-3-99 p 12

n. sous Soc. 14-1-1999, LPA 18-3-99 p 13

PLAISANT R., n. sous Angers 22-2-1983, Rev. sociétés 83 p 782

POCHARD M.,

concl. sur CE 20-7-1990, Dr. social 90 p 862

concl. sur CE 27-7-1993, Dr. social 93 p 842

POLLAUD-DULIAN F., n. sous Civ. 1°, 14-5-1991, JCP 91, II, 21760

PONSARD A., n. sous Civ. 1°, 8-1-1975, Rép. Def. 75 p 524

POPLAWSKI R., n. sous Soc. 16-12-1944, JCP 46, II, 3206

PRÉTOT X.,

n. sous CC 16-1-1986, RDSS 86 p 347

obs. sous CE 6-3-1989, AJDA 89 p 485

obs. sous CE 12-11-1990, AJDA 91 p 484

PRIET F., n. sous Cour EDH 29-4-1999, AJDA 99 p 922

PRIETO C., n. sous Com. 24-1-1998, Bull. Joly 98 p 527

PUECH M., n. sous TGI Paris 8-11-1973, D. 75 p 404

PUIGELIER C., n. sous Soc 18-5-1999, JCP 2000, éd. E, p 40

PUTMAN E.,

obs. sous CC 20-3-1997, Dr. et Patrimoine 1-1999 p 75

obs. sous Civ. 1°, 30-5-2000, RJPF 2000, n° 11, p 12

RADÉ Ch.,

obs. sous Soc. 16-12-1998, Dr. social 99 p 417

n. sous Soc. 11-1-2000, D. 2000 p 369

obs. sous Soc. 18-4-2000, Dr. social 2000 p 646

- RAFFRAY J.G.**, n. sous Com. 15-7-1987, JCP, N, 88, p 277
- RAVANAS J.**,
n. sous Civ. 1°, 20-12-2000, JCP 2001 p 547
n. sous Civ. 1°, 20-2-2001, JCP 2001 p 1049
- RAY J.-E.**,
obs. sous Soc. 7-6-1995, Dr. social 95 p 835
obs. sous Soc. 12-1-1999, Dr. social 99 p 287
n. sous Soc. 14-12-1999, Dr. social 2000 p 163
- RAYNARD J.**, obs. *in* RTDC 1999 p 920
- REIGNÉ Ph.**,
n. sous Paris 7-7-1988, RF compt. 12/88 p 82
n. sous Com. 26-4-1994, RF compt. 94 n° 259 p 38
- RENUCCI J.-F.**,
n. sous Rennes, 18-9-1987, D. 88 p 440
n. sous Crim. 4-5-1994, D. 95 p 80
- RENET Th.**, obs. sous Cour EDH 29-4-1999, RTDC 2000 p 360
- RIBES D.**, obs. sous CC 21-12-1999, D. 2000 SC p 426
- RICHARD DE LA TOUR J.**, obs. sous Soc. 12-1-1999, RJS 2/99 p 94
- RIDEAU J.**,
obs. sous CJCE 17-2-1998, D. 98 SC p 372
obs. sous CJCE 26-10-1999, D. 2000 SC p 191
- RIGAUX A. et SIMON D.**, obs. sous CJCE 9-12-1997, Europe 2-98 p 18
- RIGAUX F.**,
obs. sous Cour EDH 29-11-1991, RTDH 92 p 211
obs. sous Cour EDH, 29-10-92, RTDH 93 p 335
n. sous Cour EDH 25-3-1993, RTDH 94 p 137
n. sous Cass. belge, 1° ch., 20-10-1994, RCJB 96, 2, p 119
- RIVERO J.**,
n. sous CC 16-7-1971, AJDA 71 p 537
n. sous CC 12-1-1977, AJDA 78 p 215
n. sous CC 23-11-1977, AJDA 78 p 565
n. sous CC 19/20-1-1981, AJDA 81 p 275
n. sous CC 25/26-6-1986, AJDA 86 p 575
- ROBERT J.**,
n. sous Com. 29-11-1950, S. 51 p 120
n. sous Paris, 15-6-1956 (deux arrêts), D. 57 p 587
obs. sous CC 16-7-1971, RDP 71 p 1171
obs. sous Crim 3-6-1975, RSC 76 p 140
- RODIÈRE P.**, n. sous Soc. 16-6-1983, JDI 84 p 333
- ROEMER K.**,
concl. sur CJCE 5-2-1963, Rec. p 1
concl. sur CJCE 12-11-1969, Rec. p 419
- ROLLAND P.**,
n. sous Cour EDH 6-2-1976, Clunet 78 p 693
n. sous Cour EDH 18-1-1978, Clunet 80 p 449
n. sous Cour EDH, 27-2-1980, JDI 82 p 197
- ROLLAND P. et TAVERNIER P.**, obs. sous Cour EDH 24-3-1988, JDI 89 p 799
- ROMI R.**, n. sous TI Valence, 28-6-1989, D. 90 p 93
- ROUAST A.**, n. sous Paris 30-4-1963, D. 63 p 428
- ROUSSEAU D.**, obs. sous CC 29-7-1998, RDP 99 p 89
- ROY-LOUSTAUNAU Cl.**, obs. sous Soc. 17-7-1997, Dr. social 97 p 972
- RUBELLIN-DEVICHI J.**,
obs. sous Civ. 1°, 5-5-1987, RTDC 88 p 88
obs. sous Civ. 1°, 25-6-1996, JCP 97, I, 3996, n° 1
- RUIZ-JARABO COLOMER D.**, concl. sur CJCE 30-6-1998, Rec. p 4185
- SAGGIO A.**, concl. sur CJCE 28-3-2000, Rec. p 1875

- SAINTE-ROSE J.**, concl. sur Civ. 1°, 20-12-2000, JCP 2001 p 547
- SAINT-JOURS Y.**, n. sous Soc. 17-4-1980 et 2-7-1980, D. 81 p 650
- SAINTOURENS B.**,
n. sous Com. 3-1-1996, Bull. Joly 96 p 388
n. sous Civ. 3°, 6-1-1999, Rev. des sociétés 99 p 380
- SAINT-PAU J.-Ch.**,
n. sous Civ. 1°, 16-7-1998, D. 99 p 541
n. sous Civ. 1°, 12-12-2000, D. 2001 p 2434
- SARRAUTE R.**, n. sous Paris 15-11-1966, GP 67, 1, 17
- SAUVAGEOT**, rapp. sous Ass. Plé. 19-5-1978, JCP 78, II, 19009
- SAVATIER J.**,
obs. sous Ch. civ. sect. soc., 20-12-1961, Dr. social 62 p 570
n. sous CE, Sect., 16-3-1962, JCP 62, II, 12912
n. sous Soc. 17-4-1991, Dr. social 91 p 485
n. sous Soc 25-9-1991, Dr. social 92 p 24
n. sous Paris 29-1-1992, Dr. social 92 p 334
n. sous Soc. 6-12-1995, Dr. social 96 p 359
obs. sous Soc. 8-10-1996, Dr. social 97 p 89
obs. sous Soc. 4-2-1997, Dr. social 97 p 413
obs. sous Soc. 18-12-1997, Dr. social 98 p 194
obs. sous Ass. Plé. 6-11-1998, Dr. social 99 p 94
obs. sous Soc. 18-11-1998, Dr. social 99 p 192
- SAVATIER R.**,
obs. sous Civ. 20-2-1924, Rev. crit. de législation et de jurisprudence 26 p 11
obs. sous Trib. civ. Seine, 22-1-1947, RTDC 47 p 213
n. sous Civ. 29-5-1951, D. 52 p 53
obs. sous Paris 13-1-1959, JCP 59, II, 11142
obs. sous TGI Grenoble 6-4-1964, JCP 64, II, 13663
n. sous Aix-en-Provence 23-2-1965, D. 66 p 166
obs. sous Civ. 1°, 8-11-1965, RTDC 66 p 332
- SCHMELCK R.**, concl. sur Ass. Plé. 19-5-1978, D. 78 p 541
- SCHOETTL J.-E.**, n. sous CC 19-12-2000, LPA 22-12-2000 p 5
- SCHRAMECK O.**, obs. sous CC 9-4-1996, AJDA 96 p 371
- SCHWARTZ R.**, concl. sur CE 20-12-2000, RDSS 2/2001 p 282
- SÉRIAUX A.**,
obs. sous Soc. 17-4-1991, JCP 91, II, 21724
n. sous Com. 22-10-1996, D. 97 p 121
- SERRA Y.**,
obs. sous Poitiers, 6-2-1990, D. 90, Somm. p 332
n. sous Soc. 14-5-1992, D. 92 p 351
obs. sous Com. 9-11-1993, D. 94 SC p 220
n. sous Com. 4-1-1994, D. 95 p 205
obs. sous Paris 25-10-1994, D. 95 SC p 207
obs. sous Soc. 18-2-1997 et 28-10-1997, D. 98, SC p 220
obs. sous Soc. 28-10-1997, D. 98, SC p 220
obs. sous Soc. 25-3-1998, D. 99, SC p 107
- SINAY H.**, n. sous Soc. 15-2-1965, JCP 65, II, 14212
- STIRN M.**, concl. sur CE 13-6-1990, GP 90, 2, 606
- STOCKER O.**, obs. sous CJCE 8-4-1976, CDE 77 p 168
- SUDRE F.**,
obs. sous Cour EDH 26-9-1995, RTDH 96 p 389
n. sous Soc. 14-1-1999, JCP 99, II, 10082
obs. sous Cour EDH 27-9-1999 (deux arrêts), JCP 2000, I, 203, n° 36
- SURREL H.**,
obs. sous CJCE 17-2-1998, RTDH 99 p 511
obs. sous CJCE 28-3-2000, RTDH 2001 p 816
- TARABEUX F.**, n. sous Civ. 1°, 8-11-1983, GP 84, 1, p 384

- TAVERNIER P.**, obs. sous Cour EDH 18-2-1999, JDI 2000 p 97
- TELLAIS G.**, obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, Rev. Huissiers 96 p 693
- TERNEYRE V.-L.**, n. sous TI Périgueux 12-10-1990, Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine 1/91 p 116
- TERRÉ F.**, n. sous Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, JCP 91, II, 21752
- TEYSSIÉ B.**,
 obs. sous Reims 7-1-1980, JCP 80, éd. E, p 280
 obs. sous Soc 28-4-1988, JCP E 88, 15270, n° 6
 obs. sous Cour EDH 21-1-1999, JCP 99, I, 149, n° 5
- THOUVENIN D.**,
 n. sous Soc. 2-6-1988, RDSS 89 p 287
 n. sous Cass. Ass. Plé. 31-5-1991, D. 91 p 417
- TOUFFAIT A.**, concl. sur Cass. ch. mixte 24-5-1975, D. 75 p 497
- TRABUCCHI A.**, concl. sur CJCE 14-5-1974, RTDE 74 p 624
- TURPIN D.**, n. sous CC 22-7-1980, Dr. social 1981 p 441
- VAN GERVEN W.**,
 concl. sur CJCE 23-5-1990, Rec. p 2143
 concl. sur CJCE 4-10-1991, Rec. p 4685
 concl. sur CJCE 2-8-1993, Rec. p 4367
 concl. sur CJCE 5-10-1994, Rec. p 4737
- VASSEUR M.**, obs. sous Versailles 1-12-1988, D. 89, SC p 155
- VERDIER J.-M.**,
 n. sous Soc. 4-6-1969, JCP 70, II, 16208
 n. sous Cons. prud'hommes Paris, réf., 4-6-1996, Dr. ouvrier 96 p 381
- VERKINDT P.-Y.**,
 obs. sous Soc. 12-1-1999, TPS 99, comm. 96
 obs. sous Soc. 18-5-1999, TPS 99, comm. 261
 obs. sous Soc. 14-12-1999, TPS 2000, comm. 85
- VIAL-PEDROLETTI B.**, obs. sous Paris 21-11-1996, Loyers et copropriété 1/97, n° 10
- VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J.**,
 obs. sous Com. 26-4-1994, JCP 94, 3795 n° 8
 obs. sous Com. 3-1-1996, JCP 96, I, 3980, n° 13
 obs. sous Com. 24-1-1998, JCP éd. E, 98, p 1305
- VIDAL D.**, n. sous Com. 24-1-1998, Dr. des sociétés 6-98 n° 9
- VIGNERON G.**, obs. sous Civ. 3°, 12-3-1997, Loyers et copropriété 6/97 p 24
- VILLACÈQUE J.**, n. sous Paris 30-3-1990, D. 90 p 596
- VOIRIN P.**, n. sous Nancy 11-2-1931, DP 32, 2, 17
- VRAY H.**, obs. sous TGI Saintes (réf.), 28-3-1995, GP 96, 2, Somm. p 341
- WACHSMANN P.**, n. sous CC 20-7-1988, AJDA 88 p 752
- WAGNER E.**, n. sous Riom 2-3-1987, D. 87 p 427
- WAQUET Ph.**, n. sous Soc. 20-11-1991, Dr. soc. 92 p 28
- WERTENSCHLAG B.**, obs. sous Civ. 3°, 6-3-1996, AJPI 96 p 704
- ZÉNATI F.**,
 obs. sous CC 4-7-1989, RTDC 90 p 519
 obs. sous Civ. 1°, 4-1-1995, RTDC 96 p 932

5) Divers

- AUROUX J.**, Les droits des travailleurs, rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, 1982
- BANZET E.**, Du pantalon considéré comme une "valeur fondamentale", Le Monde 25-7-2001
- BYK Ch.**, Les progrès de la médecine et de la biologie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, éd. Conseil de l'Europe, 1994
- Code de la Convention européenne des droits de l'homme, Litec, 2000

Code du travail, Litec, 1999

COHEN D., Interview, *in* Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 6

Commission nationale de l'informatique et des libertés,

10° Rapport d'activité 1989, La documentation française, 1990

14° Rapport d'activité 1993, La documentation française, 1994

Constitution et secret de la vie privée, XVI^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence 15/6-9-2000

DE LAMBERTERIE I., ROUHETTE G. et TALLON D., Les principes du droit européen du contrat, vol. 1, L'exécution, l'inexécution et ses suites, La documentation française, 1997

DENOIX DE SAINT MARC R., Le Conseil d'Etat et le droit constitutionnel, Conférence Limoges, 23-4-1999

DE TISSOT O., Interview, *in* Le Monde Télévision, 6-7 mai 2001, p 6

Dictionnaire Hachette Encyclopédique, éd. 2000

Encyclopédie Alpha, éd. Grange Batelière, 1972

La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux,

VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara, 7/10-5-1990, AIJC 1990

LYON-CAEN G., Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, La documentation française, 1992

Le Nouveau Testament, par E. Osty et J. Trinquet, éd. Siloé, 1964

PAUL Ch., Du droit et des libertés sur internet, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2001

Le Petit Larousse, éd. 1996

Rapport du Conseil Constitutionnel, *in* Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité ?, IX^e Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, Paris, Mai 1993, RUDH 95 p 256

VEDEL G. (prés.), Comité consultatif pour la révision de la Constitution, Propositions pour une révision de la Constitution. 15 février 1993, La documentation française, 1993

INDEX ¹**A**

Abus

- de droit : 92, 240s, 324, 349
- de la situation de faiblesse : 318
- de puissance économique : 76

Acte juridique : 3, 27

Alcootest : 153, 302

Animaux dangereux : 195

Antennes paraboliques : 221, 264

Arbitrage : 124s, 132

Assurance : 207, 314(n)

Atteinte : 4, 293s

- substantielle : 267s

Autonomie de la volonté : 14

B

Baux d'habitation : 204

Bilan coûts-avantages : 141, 256s

Bonne foi : 335

Bonnes mœurs : 119(n), 228(n), 329

C

Caducité : 357

Cause : 198, 226, 244(n), 331

- permanence : 353

Ceinture de sécurité : 141

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 9(n), 16(n), 171(n), 225(n), 359

Charte sociale européenne : 24, 39(n), 47(n)

Clause de célibat : 113, 227, 279s, 305s

Clause de dédit-formation : 295

Clause de non-concurrence : 85, 230, 244(n), 253, 258, 286s, 322, 328, 337, 358(n)

Clause de non-responsabilité : 212

Clause de quotas : 105, 248

Clause d'exclusivité : 230, 245(n), 250, 285(n), 328(n)

Clause d'inaliénabilité : 206s, 272, 290s, 356

Clause réputée non écrite : 326

Clauses abusives : 212, 284

- commission des : 131, 314

Consentement : 189s

- révocabilité : 344s

Contradictoire, principe du : 4, 31, 48, 79, 209

Convention internationale sur les droits de l'enfant : 36, 41

Conventionnalité, contrôle : 33, 64

Copropriété : 203, 210, 236, 269, 300

Corps humain

- atteinte bénigne : 294, 302s
- contrat médical : 347, 350
- indisponibilité : 124
- transplantation d'organes : 130, 275

D

Déchéance : 357

Déclaration universelle des droits de l'homme : 9, 24, 40

Délai de réflexion : 344(n), 358

Destination de l'immeuble : 203

Dignité : 13(n), 50, 79, 101s, 108, 213, 219, 277

Discrimination

- droit américain : 87
- droit communautaire : 52(n), 70, 105, 248, 323
- droit du travail : 84, 239, 323
- droit européen : 36
- droit pénal : 205(n), 318
- preuve : 317
- et testament : 81, 317

Domicile : 75

Donation entre époux : 345, 349

Drittwirkung : 51, 53(n), 63(n), 79, 86, 88

Droit à la vie : 101(n), 206, 277, 302

Droit à l'image : 348

Droit au juge : 282s

"Droit" au logement : 11, 20(n), 24(n), 44s, 50, 148(n)

"Droit" au travail : 39(n), 41, 44, 85, 114, 286

Droit communautaire : 52, 70, 166s, 180s

¹ Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

(n) signifie qu'il faut plus précisément se reporter aux notes de bas de page du paragraphe concerné.

Droit comparé

- Allemagne : 16, 37, 66, 97, 105, 164(n), 177, 245(n), 251(n)
- Belgique : 78s, 117, 124, 147(n), 240(n), 242(n), 253, 281, 282(n)
- Espagne : 43, 66s, 86, 97(n), 105, 148(n), 178
- Etats-Unis : 87s, 97(n), 212(n), 227
- Grande-Bretagne : 8, 38, 93, 111, 130, 245(n), 253(n)
- Grèce : 329
- Italie : 86, 274, 281
- Luxembourg : 42(n)
- Pays Bas : 77
- Portugal : 67

Droit de grève

- effet horizontal : 82
- interdiction : 149
- restriction : 100, 146, 220
- préavis : 309s
- sanction : 240(n)
- valeur : 23, 46

Droit de propriété : 34, 95, 97, 290, 300**Droit de repentir : 350****Droits de la défense : 4, 7, 31, 48, 71, 79, 209, 324, 326****Droits de la personnalité : 8, 342, 346****Droits de l'homme : 8, 37, 52****Droits fondamentaux**

- conciliation : 100
- définition : 13
- émergence : 5s
- limitation : 98
- relativité : 98, 102, 133, 184
- sources : 9s
- substance : 104, 127, 267s, 351

Droits subjectifs : 8, 50(n), 98(n), 361**E****Ecran législatif : 29**

- transparent : 30

Effet direct : 37, 45s, 56**Effet horizontal : 50s****Enseignement privé : 77, 254****Entreprise de tendance : 16(n), 222****Erreur sur la substance : 271****Etat de droit : 361****Etat de nécessité : 2, 248****Euthanasie : 192(n), 277****Exception d'inconstitutionnalité : 32****Exclusion**

- d'un élève : 144, 324
- d'un associé : 189(n), 326

F**Fondations : 177****Foulard islamique : 144****G****Garantie des vices cachés : 284****Grossesse : 169, 201, 227, 232(n), 239(n), 251, 276****H****Hiérarchie des normes : 18, 27, 157****Homosexualité : 238, 242****I****Indisponibilité : 120s, 131****Indemnisation : 323, 350****Inopposabilité : 328(n)****Intérêt de l'entreprise : 158, 208****Interprétation : 49****J****Juge : 57, 68, 105, 188, 287, 321, 340, 358**

- administratif : 138s, 151

Jurisprudence : 12, 47s, 113**Justification d'une atteinte : 193s****K****Kelsen : 18, 27****L****Lancer de nains : 108, 333****Légitime défense : 2**

- des biens : 187

Libéralités : 278s**Liberté contractuelle : 14s****Liberté d'association : 177, 189****Liberté d'entreprendre : 14, 100, 210, 221****Liberté d'expression**

- affaire *Clavaud* : 21, 83, 240
- et antennes paraboliques : 221
- et entreprises de tendance : 177, 223
- salariés d'entreprises concurrentes : 308
- limites : 72(n), 169, 240, 301
- et vie privée : 72

Liberté du commerce : 152, 269, 285

Liberté du mariage : 88, 224, 242(n), 305s, 317
 - affaire *Dame Roy* : 78, 88, 113, 122, 158(n), 189, 223s
 Liberté du travail : 85, 114, 285, 328
 Liberté individuelle : 288
 Liberté religieuse : 17(n), 97(n), 105(n), 116, 303
 - et discrimination : 82, 214, 318
 - et enseignement : 77s, 144, 189
 - et travail : 189(n), 254(n)
 Liberté syndicale : 86, 88, 241, 323
 Libertés civiles : 8
 Libre circulation des marchandises : 182
 Licenciement
 - cause : 226, 233, 248
 - indemnités : 288, 295
 - nullité : 330

M

Maladie
 - motif de licenciement : 239, 248
 - recherches médicales : 216
 - sida : v. à ce mot
 - soin du mourant : 217, 269
 Marge nationale d'appréciation : 34, 164, 168, 176, 182(n)
 Mécénat, conventions de : 16, 130, 228, 289, 350
 Mobiles : 200

N

Nemo auditur... : 335
 Nom : 296s, 343, 346, 349, 352, 357
 Nullité absolue : 333s, 340
 Nullité relative : 337s

O

Objectif de valeur constitutionnelle : 11
 Obligation essentielle : 282
 Obligations positives : 44, 63s, 79, 175s
 Ordre public : 90, 107s, 126s, 333, 339
 - constitutionnel : 114s
 - européen : 116

P

Pénale, sanction : 318, 323
 Perpétuel, engagement : 288
 Police administrative : 108, 138
 Post-modernité juridique : 89, 185(n)

Préambule de la Constitution : 9(n), 21s, 43s, 114s, 323
 Présomption d'innocence : 31
 Preuve : 316s
 Principes généraux du droit
 communautaire : 171
 Procès équitable : 71, 116
 Proportionnalité : 140, 147, 164, 169, 244s, 329

R

Recherches médicales : 201, 215, 251
 Réduction judiciaire : 320s
 Référé : 319
 Règlement amiable : 133(n)
 Règlement intérieur
 - d'entreprise : 119, 151s, 185, 191, 202, 219s, 227, 231, 319
 - d'établissement d'enseignement privé : 254, 324
 - d'H.L.M. : 195
 - de société : 326
 Renonciation : 121, 124, 131s
 Résidence forcée : 279s
 Résiliation : 357
 Responsabilité de l'Etat : 62s, 175s, 182
 Retraite, mise à la : 323, 338
 Révocabilité *ad nutum* : 31, 209, 324
 Risque : 229s

S

Sida
 - cause de licenciement : 227, 239
 - risque de contamination : 218, 231
 - test de dépistage : 189, 207, 218, 231
 Stérilisation : 192(n), 276
 Supraconstitutionnalité : 101
 Sûreté : 184(n), 190(n), 219

T

Téléphones portables : 263
 Testament : 3, 81, 96, 214, 279, 291, 317, 327
 Transsexuel, syndrome : 217, 252, 265
 Trouble : 234s, 242
 - caractérisé : 249

V

Vidéosurveillance : 251s, 265(n)
 Vie privée : 14, 16, 227(n), 314(n), 331, 355

Visite médicale
- contre-visite : 48
- embauche : 189

TABLE DES MATIERES.

INTRODUCTION	1
1) Notion de droits fondamentaux	6
2) Source des droits fondamentaux	11
3) Contrôle des actes juridiques affectant les droits fondamentaux	18
PREMIERE PARTIE : EXIGENCE D'UN CONTRÔLE DES ACTES JURIDIQUES PRIVÉS AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX	22
<i>TITRE 1: LES FONDEMENTS DE L'EMPRISE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LES ACTES JURIDIQUES</i>	24
<u>Chapitre I : Assujettissement vertical des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux</u>	25
Section 1° : Primauté des droits fondamentaux	25
§ I : Suprématie admise des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes	25
A) Caractère normatif des textes énonçant des droits fondamentaux	26
1/ Une caractéristique reconnue au Préambule de la Constitution de 1946	27
2/ Un critère écartant certaines dispositions internationales	28
B) Supériorité des textes énonçant des droits fondamentaux sur les actes juridiques	29
1/ Position hiérarchique culminante des normes constitutionnelles et supranationales	29
2/ Position hiérarchique subalterne des normes émanant des particuliers	31
§ II : Suprématie modulée des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes	33
A) Un obstacle traditionnel : l'écran législatif	34
1/ Refus classique de contrôler la constitutionnalité de la loi	34
2/ Un refus en sursis ?	35
a- L'écran législatif transparent	35
b- Vers l'exception d'inconstitutionnalité ?	38
B) Une technique de substitution : le contrôle de conventionnalité	38
1/ Admission	39
2/ Mise en œuvre	39
a- Le caractère succinct de la motivation	40
b- La limite du champ d'application de la norme conventionnelle	41
Section 2° : Effet direct des droits fondamentaux	43
§ I : Conditions de l'effet direct des droits fondamentaux	43
A) Critères traditionnels appliqués aux traités	44
1/ L'intégration dans l'ordre juridique interne	44
2/ L'intention des parties contractantes	44
3/ Le caractère "self-executing"	46
B) Cas particulier des droits fondamentaux constitutionnels	48
§ II : Acceptation de l'effet direct par les juridictions	50
A) Principe	50
B) Etendue	52
1/ L'effet direct de la jurisprudence des autorités gardiennes des droits fondamentaux	53
2/ L'incorporation de cette jurisprudence aux normes fondamentales	55

<u>Chapitre II : Exposition horizontale des actes juridiques à l'autorité des droits fondamentaux</u>	59
Section 1° : Justification de l'effet horizontal des droits fondamentaux	60
§ I : Arguments communs aux différentes sources de droits fondamentaux	61
A) L'approche immédiate : l'effet horizontal direct	62
B) L'approche médiate : l'effet direct horizontal	64
§ II : Arguments spécifiques aux différentes sources de droits fondamentaux	67
A) En faveur de l'effet horizontal de la CEDH	67
1/ Les indices textuels	68
2/ La jurisprudence européenne	71
B) En faveur de l'effet horizontal des droits constitutionnels	74
Section 2° : Admission de l'effet horizontal des droits fondamentaux	76
§ I : Reconnaissance de l'effet horizontal de la CEDH	78
A) En France	78
1/ L'arrêt Mel Yedei : CEDH et contrat de bail	79
2/ L'arrêt Spileers : CEDH et contrat de travail	81
B) Dans d'autres pays du Conseil de l'Europe	83
§ II : Reconnaissance de l'effet horizontal des droits fondamentaux constitutionnels	86
A) L'attitude française	86
B) Les solutions étrangères	91
Conclusion du Titre 1	96
<i>TITRE 2: LES TECHNIQUES DE SOUMISSION DES ACTES JURIDIQUES AUX DROITS FONDAMENTAUX</i>	97
<u>Chapitre I : Des approches dogmatiques défectueuses</u>	98
Section 1° : L'impasse du caractère absolu des droits fondamentaux	99
§ I : Le caractère absolu de la fundamentalité doit être démystifié	100
A) Origines de la mystification	100
B) Arguments de démystification	103
§ II : La fundamentalité est relative par nature	105
A) Limitation et conciliation des droits fondamentaux	106
B) Préservation de la fundamentalité substantielle	110
Section 2° : L'insuffisance du caractère d'ordre public des droits fondamentaux	113
§ I : Les droits fondamentaux sont d'ordre public	115
A) Principe du rattachement	115
B) Intérêts du rattachement	121
§ II : L'ordre public est toujours relatif	126
A) Seule la substance des droits fondamentaux est d'ordre public	127
B) Une certaine altération des droits fondamentaux demeure possible	129

	364
<u>Chapitre II : Des approches pragmatiques instructives</u>	133
Section 1° : Enseignements des méthodes utilisées par les juges administratif et constitutionnel	134
§ I : Des solutions traditionnellement cantonnées au droit public	134
A) Méthode du juge administratif face aux atteintes aux droits fondamentaux commises par l'autorité publique	134
B) Démarche du Conseil Constitutionnel face aux lois lésant des droits fondamentaux	138
§ II : Des solutions exerçant une influence sur le droit privé	141
A) Une influence incontestable	142
B) Une influence parfaitement justifiée	145
Section 2° : Enseignements des méthodes utilisées par les juges européen et communautaire	147
§ I : Des raisonnements similaires	147
A) Attitude de la Cour EDH face aux ingérences étatiques dans les droits protégés par la Convention	148
B) Attitude de la CJCE face aux restrictions étatiques ou institutionnelles apportées aux droits fondamentaux	150
§ II : Une influence convergente	153
A) Influence certaine de l'analyse européenne	154
B) Influence prévisible de l'analyse communautaire	159
Conclusion du Titre 2	163
Conclusion de la Première Partie	164
SECONDE PARTIE : MISE EN ŒUVRE DU CONTRÔLE DES ACTES JURIDIQUES PRIVÉS AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX	166
<i>TITRE 1 : LES ETAPES DU CONTRÔLE</i>	168
<u>Chapitre préliminaire : Le consentement à l'atteinte ?</u>	170
<u>Chapitre I : La justification de l'atteinte</u>	176
Section 1° : Exigence d'un intérêt légitime	177
§ I : Principe	178
A) Une justification causale	178
B) Les critères d'appréciation	180
1/ Critères légaux	180
a- En droit du travail	181
b- En droit immobilier	182
2/ Critères intuitifs	183
§ II : Application	188
A) Des intérêts refoulés	188
1/ Amélioration de la productivité et recherche exclusive du profit	189
2/ Racisme et eugénisme	192
B) Des intérêts légitimés	193
1/ La préservation de la santé	193
2/ Le maintien de la sécurité	195
3/ La sauvegarde de la spécificité d'un bien, d'une entreprise ou d'une institution	196

	365
Section 2° : Exigence d'un intérêt réel	198
§ I : Rôle de l'exigence	199
A) Objectiver la condition de l'intérêt légitime	199
B) Débusquer les justifications fallacieuses	201
§ II : Concrétisation possible de l'exigence	203
A) Existence d'un risque	204
B) Existence d'un trouble	207
1/ Une condition contraignante	208
2/ Un facteur justifiant	210
<u>Chapitre II : La proportionnalité de l'atteinte</u>	216
Section 1° : Le caractère indispensable de l'atteinte	219
§ I : Nécessité de l'atteinte	220
§ II : Adéquation de l'atteinte	222
A) Rejet de toute atteinte superflue	222
B) Rejet de toute ampleur excessive	226
Section 2° : Le caractère équilibré de l'atteinte	228
§ I : Une règle rationnelle	228
§ II : Une application délicate	231
<u>Chapitre III : Le caractère non substantiel de l'atteinte</u>	236
Section 1° : Critères de l'atteinte substantielle	238
§ I : L'approche objective	239
A) L'abandon irréversible d'un droit fondamental	239
B) La suppression totale d'un droit fondamental	241
§ II : L'approche subjective	246
Section 2° : Caractères de l'atteinte non substantielle	251
§ I : Une lésion constitutive d'une atteinte aux droits fondamentaux	251
§ II : Une lésion mineure	255
A) Des types d'atteintes manifestement modestes	256
B) Un diagnostic parfois plus incertain	258
1/ L'interdiction d'épouser une personne déterminée	258
2/ L'obligation de respecter un délai de préavis de grève	260
Conclusion du Titre 1	264
<i>TITRE 2: LES SUITES DU CONTRÔLE</i>	266
<u>Chapitre I : Sanction de l'atteinte illicite</u>	267
Section préliminaire : Rôle des parties dans le preuve de l'illicéité	270
Section 1° : La correction	273
§ I : La réduction de l'atteinte	274
§ II : La réparation du préjudice	277

	366
Section 2° : L'annulation	280
§ I : Une sanction exemplaire	281
§ II : Une nature controversée	286
A) La nullité absolue, protectrice de l'intérêt général	286
B) La nullité relative, protectrice de l'individu	290
<u>Chapitre II : Régime de l'atteinte licite</u>	295
Section 1° : La possibilité de révoquer le consentement à l'atteinte ?	296
§ I : Une faculté classiquement reconnue	297
§ II : Une hypothèse bien fragile	300
Section 2° : L'obligation de respecter la justification de l'atteinte	303
Conclusion du Titre 2	309
Conclusion de la Seconde Partie	310
CONCLUSION GENERALE	312
BIBLIOGRAPHIE	316
INDEX	358
TABLE DES MATIERES	362