

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE



En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

Écoledoctorale : Droit et Science Politique

---

Présentée et soutenue par

**Jonas GUILBERT**

le 8 décembre 2021

**Essai sur le concept de l'abus de droit fondamental**

---

Discipline : Droit

Spécialité : Droit public

Unité de recherche : Institut Maurice Hauriou (IMH – EA 4657)

**Directeur de thèse** : M. Xavier BIOY, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

### JURY

- Rapporteurs** M. Xavier DUPRÉ De BOULOIS, Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Mme Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Professeure, Université Paris Nanterre
- Suffragants** M. Mathieu CARPENTIER, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole  
Mme Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Professeure, Université Paris Nanterre  
M. Benoît FRYDMAN, Professeur, Université libre de Bruxelles
- Directeur de thèse** M. Xavier BIOY, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole



*« L'université Toulouse 1 Capitole n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».*



*À mes grands-parents,  
à Thomas,*



# Remerciements

Je remercie mon directeur de thèse, le professeur X. Bioy, de m'avoir autorisé ce travail et surtout cette liberté. J'espère qu'il y trouvera, quelque part, les expressions profondes de ma reconnaissance.

Merci infiniment à ma famille, ma grand-mère ce modèle, ma mère qui m'a tant donné jusque dans ce travail, mon frère pour cette autre vie *offerte*.

Merci tendrement à mes amis d'enfance (Étienne, Quentin, Maxime, Pierre, Vincent, Gaspard, Anaïs...). On a construit ensemble les fondations d'une vie sans lesquelles je me sentrais encore plus perdu.

Un merci admiratif pour mes amis de la fac (Martin, Marc, Estelle, Alexandre, Clémence, Floriane, Mia...) ; cette hétérogénéité de personnalités, belles et généreuses, au moment où la conscience se construit et l'on commence enfin à affronter le monde : ensemble.

Enfin, un merci particulier à cette famille de la thèse (Thomas., Seb, Benoit, Thomas R, Rémi, France, Nessian, Quentin, Jiff, Zakia, Anna, Vincent, Romain, Marc C., Clotilde, Nicolas, Marc S., Fred, Laure...). Ce travail leur doit tellement. L'intelligence et la sensibilité de chacun sont un compagnonnage salvateur. Merci entre autres pour ce fastidieux travail de relecture, d'une immense rigueur et bienveillance.

Marine, tu m'as donné la force de l'écriture en faisant de ces temps d'enfermement une existence heureuse. Ensemble, le futur s'écrit lui aussi.

Thomas, cette thèse ne voulait que se rapprocher de toi. Elle t'est donc dédiée.





## Principales abréviations

**AJDA** : Actualité juridique du droit administratif

**APD** : Archives de philosophie du droit

**Ass.** : Assemblée

**CA** : Cour d'appel

**CAA** : Cour administrative d'appel

**CADA** : Commission d'accès aux documents administratifs

**Cour ADHP** : Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

**Cass.** : Cour de cassation

**CC** : Conseil constitutionnel

**CCC** : Les Cahiers du Conseil constitutionnel

**CDFUE** : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

**CDH** : Comité des droits de l'homme

**CE** : Conseil d'État

**Cf.** : conférer

**CIJ** : Cour internationale de justice

**Civ.** : Chambre civile de la Cour de cassation

**CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne

**coll.** : collection

**Com.** : Chambre commerciale de la Cour de cassation

**concl.** : conclusions

**cons.** : considérant

**Convention ADH** : Convention américaine relative aux droits de l'homme

**Convention EDH** : Convention européenne des droits de l'homme

**Cour EDH** : Cour européenne des droits de l'homme

**Cour IADH** : Cour interaméricaine des droits de l'homme

**Crim.** : Chambre criminelle de la Cour de cassation

**D.** : Recueil Dalloz

**dir.** : Sous la direction de

**Dr. adm.** : Droit administratif

**Dr. fisc.** : Revue de droit fiscal

**Dr. soc.** : Revue de droit social

**Gaz. Pal.** : La Gazette du Palais

**JCP G** : La semaine juridique – Édition générale

**JTDE** : Journal des Tribunaux. Droit européen

**LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence

**LPA** : Les petites affiches

**NCCC** : Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

**PUAM** : Presses universitaires d'Aix-Marseille

**PUF** : Presses universitaires de France

**RDLF** : Revue des droits et libertés fondamentaux

**RDP** : Revue de droit public et de la science politique en Europe et à l'étranger

**RDSS** : Revue de droit sanitaire et social

**RFDA** : Revue française de droit administratif

**RFDC** : Revue française de droit constitutionnel

**RGD** : Revue générale du droit

**RIDC** : Revue internationale de droit comparé

**RIEJ** : Revue interdisciplinaire d'études juridiques

**RJE** : Revue juridique de l'environnement

**RRJ** : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif

**RTD civ.** : Revue trimestrielle de droit civil

**RTD com.** : Revue trimestrielle de droit commercial

**RTDE** : Revue trimestrielle de droit européen

**RTDH** : Revue trimestrielle des droits de l'homme

**Soc.** : Chambre sociale de la Cour de cassation

**spéc.** : spécialement

**t.** : tome

**TA** : Tribunal administratif

**vol.** : volume



# Sommaire

## PREMIÈRE PARTIE

### L'IDENTIFICATION DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT AU SEIN DU DISCOURS DE LA FONDAMENTALITÉ

#### **Titre premier – Le champ énonciatif du concept de l'abus de droit fondamental : le discours de la fundamentalité**

*Chapitre 1 – L'infrastructure du discours de la fundamentalité : les raisons du concept de l'abus de droit fondamental*

*Chapitre 2 – La structure du discours de la fundamentalité : la logique du concept de l'abus de droit fondamental*

#### **Titre second – L'identification abductive du concept de l'abus de droit fondamental**

*Chapitre 1 – La compréhension abductive du concept de l'abus de droit fondamental*

*Chapitre 2 – La spécification abductive du concept de l'abus de droit fondamental*

## SECONDE PARTIE

### LE DÉPLOIEMENT DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT AU SEIN DU DISCOURS DE LA FONDAMENTALITÉ

#### **Titre premier – Le concept de l'abus de droit et les enjeux normatifs de la fundamentalité**

*Chapitre 1 – L'intérêt du concept de l'abus de droit pour l'activité normative pratique de la fundamentalité*

*Chapitre 2 – L'intérêt de la notion de l'abus de droit aux fins de préserver le discours de la fundamentalité*

#### **Titre second – Le concept de l'abus de droit et les enjeux cognitifs de la fundamentalité**

*Chapitre 1 – Des enseignements du concept de l'abus de droit sur la signification des droits fondamentaux*

*Chapitre 2 – Des enseignements du concept de l'abus de droit sur le rôle du destinataire des normes au sein du phénomène de la fundamentalité*



# Introduction générale

« *Tel est l'homme*  
“...orgueilleux homme,  
*Le plus ignorant de ce dont il est le plus assuré,*  
*Son essence diaphane”* »<sup>1</sup>.

1. S'agissant de son autonomie publique, de quoi l'individu libre est-il plus assuré que de ses droits fondamentaux ? Pas grand-chose, sans doute. Pourtant, de ces droits, quelle conscience en a-t-il au juste ? Les considère-t-il comme absolus, inaliénables, indérogeables ? Comme lui appartenant intrinsèquement, caractérisés par l'immanence de son imaginaire égotique ? Il est certain qu'une notion juridique telle que l'abus de droit témoigne de ce que l'individu n'est pas seul maître à l'exercice de ses propres droits, y compris les plus fondamentaux. Que reste-t-il, dès lors, à la liberté individuelle ? Que sont, *concrètement*, les droits pour l'agir juridique et politique ? Des facultés ? Des biens ? Des pouvoirs ? Des normes ? De simples mots ? En dépit de la place prééminente des droits fondamentaux au sein des sociétés démocratiques contemporaines, et des enjeux existentiels qu'ils portent pour une communauté juridique et politique, il n'est pas certain que leur connaissance soit pleinement stabilisée en droit. Ce qui n'empêche pas au discours de la fundamentalité de s'adresser à l'individu universel.

2. Si aujourd'hui le « monde entier » est dans nos sociétés, le cadre référentiel du discours juridique a affaire de ce pluralisme axiologique, que d'aucuns ont qualifié, peut-être un peu rapidement, de postmétaphysique<sup>2</sup>. Ces sociétés, à vrai dire essentiellement occidentales, ont pu être appréhendées en tant que systèmes de discours<sup>3</sup>, pour lesquels « les divers domaines d'intérêts et pouvoirs de croyance entrent en concurrence les uns avec les autres », si bien que « ce qui pour l'un, vaut de motif ayant résisté à l'histoire, n'est pour l'autre qu'idéologie ou complet préjugé »<sup>4</sup>. Parmi ces discours, le droit bénéficie d'une signification

---

<sup>1</sup> Citation (partielle) de Shakespeare, *Measure for Measure*, acte II, scène 2 par C.S. Peirce, « Quelques conséquences de quatre incapacités » (1868) dans *Pragmatisme et pragmatisme. Œuvres I C.* Tiercelin et P. Thibault (dir.), Les éditions du Cerf, 2002, p. 72.

<sup>2</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie (entre faits et normes)*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, 560 p.

<sup>3</sup> P. Legendre, « Anthropologie dogmatique. Définition d'un concept », dans *École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses*, Annuaire, Tome 105, 1996-1997, p. 43.

<sup>4</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., pp. 220-221.

sociale prioritaire. Il est le langage structurel des sociétés pluralistes, adossé à un système institutionnel de légitimation et de sanction des normes édictées, si bien que la validité juridique reçoit une factualité sociale inégalable à l'échelle de la société dans son ensemble<sup>1</sup>.

3. Cette pluralité des formes de vie au sein de l'ordre juridique fixe l'intérêt de l'étude du droit sur les structures objectives de l'élaboration normative<sup>2</sup>. L'unité cohérente, toute rassurante, d'un droit sous l'égide autoritaire d'un monopole métaphysique est révolue. Spécialement en matière de droits fondamentaux, le discours juridique est un discours de valeurs dont l'application contraignante est une œuvre complexe. « Interdépendances, discontinuités, interactions, imprévisibilité, tous ces traits marquent le passage d'une structure simple à la structure complexe qui caractériserait le droit dit post-moderne »<sup>3</sup>. Sous le panorama de la fundamentalité, qui « confère aux libertés subjectives de l'action, la force contraignante du droit objectif »<sup>4</sup>, la dogmatique juridique se questionne particulièrement sur les enjeux et la portée d'une concrétisation de la normativité<sup>5</sup>, à tout le moins un décentrement, qui justifie peut-être une conscience renouvelée du normatif en droit. Cela n'équivaut pas à dire, pour autant, que le droit se soit délité, qu'il soit enclin aujourd'hui à un quelconque relativisme des valeurs ou scepticisme épistémique. Si le ciel des idées et des valeurs peut être tourmenté, le discours juridique en action n'y voit pas peu clair. Le droit n'a renoncé ni aux fins ni aux moyens, et reste prompt à la stabilisation des attentes de comportements au sein des sociétés

---

<sup>1</sup> Sur la médiation entre factualité et validité, voir J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., pp. 15-56.

<sup>2</sup> Avec « l'effritement des liens internes entre la religion, l'éthique et le droit, ce qui est caractéristique des sociétés pluralistes, il devient difficile de comprendre ce qui rend le droit légitime » (M. Rosenfeld, « "Droit et démocratie" : un ouvrage de référence » (dossier spécial : Habermas et le droit), *RDV*, 2007, p. 1508).

<sup>3</sup> M. Delmas-Marty, « La grande complexité juridique du monde », dans *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2005, p. 89.

<sup>4</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 42 : « D'un point de vue historique, les droits privés subjectifs, qui définissent les marges légitimes de la liberté d'action individuelle et sont par conséquent conçus en fonction de la poursuite stratégique d'intérêts privés, constituent le cœur même du droit moderne ».

<sup>5</sup> Sans que ce soit là une nouveauté. P. Amsselek identifiait déjà, au début du siècle précédent, « ce mouvement général de retour "Vers le concret", pour reprendre le titre de l'ouvrage connu de Jean Wahl. Mouvement qui dépasse largement le cercle des doctrines et des préoccupations philosophiques ; c'est un mouvement général de la pensée contemporaine, qu'on retrouve dans tous les ordres d'activité intellectuelle et notamment dans le domaine des arts ; qu'il s'agisse du nouveau roman d'un Butor, d'un Robbe-Grillet ou d'un Claude Mauriac, de la nouvelle critique littéraire d'un Roland Barthes ou d'un Charles Mauron, des essais d'un Roger Caillois avec son « esthétique généralisée », de la poésie d'un Francis Ponge avec son « parti-pris des choses », de la sculpture d'un Giorgio de Giorgi avec ses « cailloux », du théâtre d'un Brecht ou d'un Ionesco, qu'il s'agisse de la musique concrète, du cinéma de la nouvelle vague ou de la peinture non figurative, on relève partout le même souci de regarder et de faire voir la réalité, les choses telles qu'elles se donnent vraiment « en chair et en os », dans leur structure propre, par-delà les idées que nous pouvons nous en faire » (« L'étonnement devant le droit », *Archives de philosophie du droit* (n° 13), 1968, pp. 170-171).

pluralistes. Il se peut même, à vrai dire, que de telles sociétés ne se soient jamais autant tournées vers le discours juridique pour établir la juste signification des faits sociaux. L'histoire du droit continue de s'accélérer, de « crise » en « crise », sanitaire, sociale, sécuritaire, politique, environnementale, jusqu'au processus électoral lui-même, le phénomène juridique est une boussole pour les démocraties<sup>1</sup>. Un repère logique et épistémique qui n'est pas clos sur son environnement discursif. Le discours juridique est en mouvement dans la façon dont il institue de la normativité, mais aussi, bien sûr, de la normalité sociale.

4. Quelle peut bien être, dès lors, la place du destinataire des normes dans cet élan juridique ? Arborant fièrement ses droits fondamentaux, l'individu n'est-il, au fond, que le réceptacle impuissant de cette normativité sociale objective ? Ou peut-il, par ses droits, influencer sur le cours de la normativité juridique ? Pour la communauté des juristes, et au-delà, il est de ces questionnements essentiels et instinctifs à propos de la liberté, de la fundamentalité, de la normativité juridique concrète, voire de la pensée démocratique, derrière le fait que l'on puisse abuser d'un droit fondamental. Le concept de l'abus de droit fondamental n'en reste pas moins un objet juridique, dont l'étude en droit poursuit une discipline éprouvée. C'est pourquoi, et avant toute chose, il est légitime de questionner l'utilité d'une telle recherche (I) autant qu'il est nécessaire d'en révéler les enjeux méthodologiques (II). Une fois ces considérations dûment posées, il sera temps d'afficher les ambitions de l'étude (III) puis, traditionnellement, d'annoncer sa structure constitutive (IV).

---

<sup>1</sup> Lors du procès en destitution de l'ancien président des États-Unis Donald Trump, le représentant de Californie A. Schiff déclara : « si le droit ne compte plus, peu importe la qualité de la Constitution, peu importe le génie des Pères fondateurs, peu importe si nos arguments dans ce procès sont bons ou mauvais, peu importe comment le serment d'impartialité a été rédigé. Si le droit n'a pas d'importance, nous sommes perdus. Si la vérité n'a pas d'importance, nous sommes perdus. Les Pères fondateurs ne pourront pas nous protéger contre nous-mêmes si le droit et la vérité ne comptent plus » (propos rapportés par G. Paris, « Les derniers saccages de Donald Trump », *Le Monde*, 7 janv. 2021). Un an plus tard, malgré les accusations de fraude et les violences inimaginables au sein même du Congrès, le système juridique et institutionnel américain a permis la transition démocratique entre le président sortant et le président élu.



## I. Quelle est l'utilité d'une étude sur le concept de l'abus de droit fondamental ?

5. Cette question de l'utilité générale de la recherche exige en réalité, pour être bien comprise, un processus inférentiel en trois temps qu'il convient de spécifier. À l'évidence, il faut d'abord savoir de quoi il est question, c'est-à-dire se demander ce qu'est l'abus de droit (A). Il pourra en être déduit, assez logiquement, ce qu'est l'abus de droit fondamental (B). Enfin, il sera questionné strictement, et en tout état de cause, l'utilité d'une telle recherche (C).

### A. Qu'est-ce que l'abus de droit ?

*« Certains auteurs paraissent croire que la notion d'abus de droit est essentiellement un principe de progrès et de rénovation, de nature à révolutionner les anciennes conceptions juridiques ; qu'elle aurait pour conséquence de faire regarder d'une façon générale comme relatives et limitées les facultés qu'on avait toujours considérées comme absolues et illimitées ; qu'elle se rattacherait à une substitution générale des idées de solidarité sociale aux idées d'individualisme. Je ne crois pas que cette nouveauté ait une telle signification »<sup>1</sup>.*

6. L'abus de droit n'est plus une nouveauté pour les juristes. Apparue formellement en France à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment en matière de droit de propriété<sup>2</sup>, cette notion de droit positif a connu depuis lors un succès certain, tout en bénéficiant d'une aura internationale. Elle peut aujourd'hui « contrer tous les droits subjectifs »<sup>3</sup>, les droits réels comme les droits personnels, ainsi que les droits processuels. La communauté d'interprétation du discours juridique a donc nécessairement une conception de l'abus de droit, sans préjuger du fait que celle-ci soit unifiée, intelligible et donc aisément manipulable dans une perspective normative. En réalité, le concept de l'abus de droit est même disputé, et la dogmatique juridique a produit de célèbres débats sur son bien-fondé. La construction théorique de la notion fut controversée dès ses premières manifestations. Que signifie, juridiquement, abuser d'un droit ? L'expression paraît être en soi « une logomachie », reposant sur « un langage insuffisamment étudié », « car si j'use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit

---

<sup>1</sup> M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », *Rev. Tri. Dr. Civ.*, 1906, p. 139.

<sup>2</sup> Cour de Colmar, 2 mai 1855, *Daerr*, D.P., 1856. 2. 9 ; Cass. Civ. 1, req., 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*, n° 00-02.378.

<sup>3</sup> T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.*, 2007, p. 227, spé. n° 31.

et que j'agis sans droit »<sup>1</sup>. Autrement dit, « user d'un droit, c'est baigner dans l'ordre légitime. Parler d'en abuser, c'est créer une rupture dans l'ordre probable de la langue »<sup>2</sup>. Les promoteurs de la notion ont tout de même défendu l'idée d'une troisième voie entre l'acte licite et l'acte illicite pour l'acte abusif. Ainsi, « l'acte licite est celui qui est accompli dans l'exercice d'un droit et qui ne lèse aucun droit, l'acte illicite est celui qui n'est pas accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit ; l'acte abusif est celui qui est accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit »<sup>3</sup>. Il semble, pourtant, que l'exercice normal d'un droit puisse léser effectivement d'autres droits. Qu'il suffise de songer, pour les temps actuels, à la liberté d'expression. R. Saleilles voyait justement que « le seul fait qu'un acte peut être dommageable ne suffit pas à l'ériger en délit, et le seul fait qu'il rentre dans l'exercice d'un droit ne suffit peut-être pas, à l'inverse, pour l'exclure de la catégorie des délits civils »<sup>4</sup>. Tout revient à savoir, dès lors, jusqu'où peut aller l'exercice d'un droit.

7. Il est de fortes chances, alors, pour que les paradoxes conceptuels de l'abus de droit soient fortement liés aux confusions théoriques à propos du concept de droit subjectif. De ces confusions, la notion positive de l'abus a prospéré, instillant l'idée d'un droit qui puisse être exercé « anormalement »<sup>5</sup>. Un champ vague pour lequel les critères se sont accumulés<sup>6</sup>, et qui se distinguent traditionnellement selon leur portée subjective ou objective : l'intention de nuire dans l'exercice du droit ou bien le détournement de sa finalité économique ou sociale. Il est peu

---

<sup>1</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1932, n° 870 et suiv.

<sup>2</sup> P. Martens, « Thémis et ses plumes: Réflexions sur l'écriture juridique », dans *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 354

<sup>3</sup> M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », *Rev. Tri. Dr. Civ.*, 1906, p. 124.

<sup>4</sup> *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions F. Pichon et Durand Ausias, 1914, p. 361.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 371 : « La véritable formule serait celle qui verrait l'abus de droit dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou social du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu'il n'y a pas de droits absolus, pas même la propriété ».

<sup>6</sup> L. Jossierand parlait à ce titre de « gamme des critères jurisprudentiels » (*De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits* (1939), Paris, Dalloz, 2006, p. 365). Ainsi, et de manière non exhaustive, il peut être évoqué : l'intention de nuire (Cour de Colmar, 2 mai 1855, préc.), la gravité de la faute commise (Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 15 juin 1988, n° 86-15.476), l'importance du dommage ou du préjudice causé à autrui (Cass. Belge, 16 nov. 1961, Pas., 1962. I. 333), le défaut d'intérêt sérieux ou légitime (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 janv. 1974, D. 1974. IR 123), l'absence d'utilité (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 2010, n° 08-19.108), le détournement de fonction (Cass., Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 1998, n° 96-17. 307), le détournement de finalité (art. L64 du Livre des procédures fiscales), le but illégitime (CPJI, 25 mai 1926, *affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), série A, n° 7), le fait qui a pour objet de perturber le bon fonctionnement de l'administration ou pour effet de faire peser sur elle une charge disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose (CE, 14 nov. 2018, n° 420055), le fait qui a pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre entre les parties au contrat (art. L212-1 du Code de la consommation).

dire que le débat à propos de la légitimité conceptuelle de l'abus de droit fut animé, et continue de l'être, tant la notion présage un phénomène juridique condamné à s'immiscer dans la psychologie des individus ou accablé par le poids de finalités lui étant supérieures, et dont il serait le bon serviteur. À tout le moins, la souplesse logique du concept désordonne la représentation du droit autorisée par le formalisme juridique pur.

8. Néanmoins, ce débat aurait-il pu en grande partie être clos, à ce qu'il nous semble, dès 1901, lorsque R. Teisseire, faisant par-là montre d'une grande lucidité, concéda que l'*expression* « abus de droit » est « quelque peu contradictoire », bien que *son sens* soit « en somme assez net ». Peu important finalement le nom du concept, car, en réalité, sa signification est relativement stable au sein de la communauté d'interprétation du discours juridique. Ainsi, « tout revient à savoir quels *actes constituent le droit* et quels actes l'excèdent »<sup>1</sup>. Déjà, tout était dit. Si l'on prend l'auteur au mot, cette considération révèle effectivement trois idées-forces aux traits de vérités générales pour cette thèse. D'abord, la conception de *l'abus de droit n'aurait pas pour objet le droit, mais l'acte*. Ensuite, ce seraient *les actes qui constituent le droit*, ce qui signifie, d'un point de vue strictement lexicographique, que les actes forment l'essence du droit, mais aussi qu'ils l'établissent légalement, conformément à une loi générale<sup>2</sup> – qui sera pour nous une loi du discours. Enfin, l'enjeu principal de l'abus de droit serait de *savoir* ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas. Autrement dit, ce concept juridique, nécessairement normatif, porterait une forme de connaissance sur la signification même du droit.

« On comprendra facilement que toute cette théorie [de l'abus de droit] n'a de consistance et de simplicité pratique que dans un système qui, jetant enfin par-dessus bord le côté psychologique du droit, s'en tiendrait à la responsabilité objective de l'individu »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> R. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Paris, 1901, p. 278 cité par N. Cordier-Dumonnet, *Le détournement d'institution*, Thèse, Université de Bourgogne, 2010, p. 35 (*nous soulignons*).

<sup>2</sup> Cf. « Constituer », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* [en ligne], cons. 4 sept. 2019.

<sup>3</sup> R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, préc., p. 371.

## B. Qu'est-ce que l'abus de droit fondamental ?

9. Malgré son ambiguïté conceptuelle, la notion de l'abus de droit s'épanouit jusque dans le champ de la fundamentalité. Nombreuses sont les déclarations internationales et régionales de droits de l'homme qui prévoient l'hypothèse de l'abus de droit<sup>1</sup>. Les interprètes authentiques usent effectivement de la notion pour un grand nombre de droits fondamentaux<sup>2</sup>, et particulièrement, il est vrai, en matière de liberté d'expression<sup>3</sup>. Le concept de l'abus de droit fondamental a donc un mode d'être particulier au sein de la communauté d'interprétation du discours juridique. Pour autant, il ne faudrait pas exagérer l'influence de la notion dans le contentieux de la fundamentalité. Nul doute, comme en témoigne la jurisprudence de la Cour EDH<sup>4</sup>, que les paradoxes inhérents à la dénomination du concept aient pour conséquence l'utilisation parcimonieuse de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux. Et pour cause, s'il est tout à fait discutable que l'on puisse abuser d'un droit, n'est-il pas inacceptable que l'on soit en situation d'abuser d'un droit fondamental ? La liberté n'est-elle pas, justement, le choix d'en faire l'usage qui nous plaît ? B. Constant disait bien que la liberté « c'est pour chacun le droit de dire son opinion, de choisir son industrie, et de l'exercer, de disposer de sa propriété, *d'en abuser même* »<sup>5</sup>. Plus récemment, au terme d'une leçon inaugurale au Collège de France magistrale, P. Boucheron évoqua, lui, la nécessité d'être « exagérément libre »<sup>6</sup>. Si, en la matière, certains voient dans les excès la vertu, la notion de l'abus de droit fondamental postule, au contraire, la non-équivalence des intérêts et des prétentions dans l'exercice de la liberté. Là

---

<sup>1</sup> Art. 29 § 3 et 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ; art. 5 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et art. 5 § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ; art. 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) ; art. 17 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) ; art. 29 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Convention ADH).

<sup>2</sup> Au sein de l'ordre juridique de la Convention EDH par exemple, l'article 17 a été appliqué directement en matière de liberté de conscience ou de religion (Cour EDH, 14 mars 2013, *Kasymakhunov et a. c/Russie* n<sup>os</sup> 26261/05 et 26377/06) ; de liberté d'association (Cour EDH, 2 sept. 2004, *W. P. et a. c/Pologne* (déc.), n<sup>o</sup> 42264/98) ; de droit au recours effectif (Cour EDH, 12 juin 2012, *Hizb ut-Tahrir et a. c/Allemagne* (déc.), n<sup>o</sup> 31098/08) ; d'interdiction de la discrimination (Cour EDH, 20 fév. 2007, *Pavel Ivanov c/Russie* (déc.), n<sup>o</sup> 35222/04) ; du droit de se porter candidat à une élection (Commission EDH, 11 oct. 1979, *Glimmerveen et a. c/Pays-Bas*, n<sup>os</sup> 8348/78 et 8406/78) et indirectement en matière de droit de propriété (Cour EDH, 12 juin 2012, *Hizb ut-Tahrir et a. c/Allemagne* (déc.), n<sup>o</sup> 31098/08).

<sup>3</sup> Pour le même ordre juridique, not. Cour EDH, *Pavel Ivanov c/Russie*, préc. ; 27 juin 2017, *Belkacem c/Belgique* (déc.), n<sup>o</sup> 34367/14 ; 20 oct. 2015, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), n<sup>o</sup> 25239/13.

<sup>4</sup> Selon la Cour EDH, la notion « ne trouve à s'appliquer qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes, ce qu'illustre au demeurant la jurisprudence de la Cour » (6 janv. 2011, *Paksas c/Lituanie*, n<sup>o</sup> 34932/04, § 87).

<sup>5</sup> « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », *Discours prononcé à l'Athénée royal* [disponible en ligne], Paris, 1819 (*nous soulignons*).

<sup>6</sup> « Ce que peut l'histoire », *Leçon inaugurale au Collège de France* [en ligne], 17 déc. 2015.

encore, le concept objet de cette recherche nous oriente inexorablement sur le chemin de la signification des droits fondamentaux – laquelle se façonne aussi, nous le verrons, de la dialectique complexe entre abus de domination et abus de liberté. Et si le vague sémantique qui préside à l'univers de la fundamentalité peut brouiller les frontières entre le licite et l'illicite, alors le concept de l'abus, contrairement aux apparences, pourrait voir sa nécessité croître en matière de droits fondamentaux.

**10.** En même temps, ce concept de l'abus de droit fondamental est-il aussi scandaleux qu'il paraît ? N'est-il pas, seulement, le signe de l'évolution du phénomène juridique, et précisément du système des droits ? Ainsi, les premières formes d'abus de droit concernaient le droit de propriété<sup>1</sup>, le droit de grève<sup>2</sup>, le droit au recours<sup>3</sup>, autant de droits considérés aujourd'hui comme fondamentaux. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la théorie se soit véritablement révélée en matière de droit de propriété, droit égoïste par excellence, des plus absolus s'il en est, et qui structure, à n'en pas douter, l'imaginaire libéral de la pensée des droits de l'homme. Il se pourrait bien, alors, que le concept de l'abus nous raconte un tant soit peu l'évolution du phénomène juridique et la modélisation de ses structures contentieuses. D'une certaine façon, l'abus de droit a été un prélude à la fundamentalité. En sanctionnant l'usage d'un droit en raison de la considération dû à autrui, l'Homme n'était plus cette « cause efficiente du droit », mais devint « la cause finale »<sup>4</sup>. Assez logiquement, dès lors, la déflation dans l'utilisation de la notion fut proportionnelle à l'hypertrophie des droits fondamentaux. Si bien que ce qui constituait, avant, un *abus de droit* est simplement devenu, aujourd'hui, *un conflit de droits*. Le concept ambigu de l'abus a été supplanté par le concept matriciel de la fundamentalité, celui de proportionnalité. La proportionnalité des restrictions aux droits est dorénavant l'équation fondamentale, tant du point de vue des limitations objectives qu'intersubjectives. Voyant son champ d'application pris en étau entre les dispositions conflictuelles des droits et la validité éprouvée de certains modes objectifs de limitation, la notion de l'abus de droit fondamental apparaît superflue.

---

<sup>1</sup> Cour de Colmar, 2 mai 1855, D. 56. 2. 9 ; Cass. Civ. 1, req., 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*, préc.

<sup>2</sup> Cass., 22 juin 1892, *Joost et syndicat de Jallieu*, D. 1892. 1. 449.

<sup>3</sup> Cass., 3 juil. 1895, D. 1895. 1. 511.

<sup>4</sup> G. Morin, « L'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Rev. de métaphysique et de morale*, 1929, p. 267. « Ces mots : *l'homme, but unique*, caractérisent toute la doctrine. Elle fait table rase de l'idée qu'un coup d'œil jeté sur la vie montre son incessante réalisation : que l'individu existe aussi pour d'autres, et que la Société, qui seule fait de lui un homme dans le sens élevé du mot, peut exiger qu'il coopère à ses buts, comme elle l'aide à accomplir tous les siens » (R. von Jhering, *L'évolution du droit*, 3 éd., trad. O. De Meulenaere, Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, Paris, 1901, p. 357).

11. Toutefois, les conflits intersubjectifs étant parfois implicites ou asymétriques et les restrictions objectives aux droits, dans certains cas, trop générales et inadaptées, il ne faudrait pas enterrer trop vite le concept de l'abus de droit fondamental avec sa dénomination paradoxale. Ni, surtout, confondre les deux. « Dans un siècle pédantesque où la grande masse des écrivains s'occupe bien plus des mots que des choses, cette erreur est assez commune »<sup>1</sup>. L'abus en droit est certes chose énigmatique, mais n'est-ce pas le lot de tous les concepts<sup>2</sup> ? À vrai dire, pour peu que soit entreprise une clarification méthodique, la structure logique spécifique de l'abus de droit fondamental est susceptible de dévoiler sa fécondité normative et cognitive.

### C. Pourquoi une étude sur l'abus de droit fondamental ?

12. Certainement que le malaise procuré par l'expression « abus de droit fondamental » est le moteur de cette recherche. Il est une équivocité à éclaircir, et peut-être même, nous le verrons, à valoriser. Si l'on se plonge dans les contradictions d'une telle conception, c'est qu'elles en révèlent, avant toute chose, les paradoxes du phénomène de la fundamentalité lui-même. Comment peut-on abuser de droits qui sont considérés, par ailleurs, comme essentiels, particulièrement protégés, fondamentaux pour l'ordre juridique et la communauté politique ? Ce que l'on dit appartenir à l'individu, ses droits les plus fondamentaux, sont-ils en fait entièrement déterminés, juridiquement et politiquement ? La détermination dans l'usage des droits, telle que la laisse à penser la notion positive de l'abus de droit fondamental, oriente le regard de l'observateur vers le rapport ambivalent de la fundamentalité au phénomène de domination, entre émancipation et médiation. Comme si les droits fondamentaux étaient « sous des aspects chaque fois différents, à la fois des lois coercitives et des lois de la liberté »<sup>3</sup>. L'étude à propos de l'abus de droit fondamental s'intéresse ainsi directement au degré d'individualisme du système juridique.

13. Il faut dire que les critiques de la pensée des droits de l'homme, et de leur juridicisation sous forme de droits fondamentaux, voient partout l'individualisme exacerbé et incontrôlable, lequel ne délivrerait aucune perspective de rattachement. Nul doute que, pour ces

---

<sup>1</sup> C.S. Peirce, « Comment rendre nos idées claires » (1878), dans *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 246.

<sup>2</sup> Pour G. Deleuze, le « concept, c'est ce qui empêche la pensée d'être une simple opinion, un avis, une discussion, un bavardage. Tout concept est un paradoxe, forcément » (*Pourparlers : 1972-1990*, Paris, Les Éd. de Minuit, 2003, p. 187).

<sup>3</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., pp. 42-43.

critiques, la notion d'abus fait ici figure d'îlot de résistance, au sein d'un droit submergé par les « averses de droits subjectifs »<sup>1</sup>, fragilisant les institutions et « défon[çant] notre système juridique »<sup>2</sup>. Le concept objet de cette recherche semble s'adresser à un univers désenchanté, parfois conspué, celui des droits subjectifs comme centre de gravité de la nouvelle raison juridique, et en leur sein le pire du pire, les droits fondamentaux, qui font, dit-on, de tout désir individuel la source inconditionnelle à la création normative<sup>3</sup>. Pourtant, l'œuvre conceptuelle de l'abus de droit, qui combat les mobiles antisociaux selon l'expression de M. Waline<sup>4</sup>, et qui continue tout de même de s'accomplir dans le champ de la fundamentalité, relativise grandement le spectre de la déliaison sociale et de la déification individuelle. Du reste, cette étude portera un regard spécifiquement juridique sur les critiques florissantes à l'encontre des droits de l'homme.

**14.** Il semble, plus loin, que nous n'en ayons pas fini avec les contradictions. Et si, de paradoxe en paradoxe, il s'avérait que le concept de l'abus de droit restreint certaines facultés d'action et juggle effectivement les effets pervers de l'individualisme, mais selon une perspective résolument libérale ? Le concept de l'abus de droit fondamental s'incarnerait alors dans ce pléonasmisme apparent et frissonnant : la faculté de contraindre au nom de la liberté.

« La résistance opposée à l'obstacle d'un effet sert d'auxiliaire à cet effet et y concourt. Or tout ce qui est injuste est un obstacle à la liberté, en tant qu'elle est soumise à des lois générales ; et la contrainte est elle-même un obstacle ou une résistance faite à la liberté. Donc si un certain usage de la liberté même est un obstacle à la liberté, en tant qu'elle est soumise à des lois générales (c'est-à-dire est injuste), la contrainte, opposée à cet usage, en tant qu'elle sert à écarter un obstacle fait à la liberté, s'accorde avec la liberté même suivant des lois générales, c'est-à-dire est juste. Par conséquent le droit implique, suivant le principe de contradiction, la faculté de contraindre celui qui y porte atteinte »<sup>5</sup>.

Ainsi, le concept-objet pourrait, au fil de l'eau connaissant, laisser révéler son attrait caché pour l'individualisme irréductible, celui des sociétés démocratiques et de l'empire des consciences,

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 124.

<sup>2</sup> G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Domat-Monchrestien, 13 éd., 2007, p. 153.

<sup>3</sup> R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », dans *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 505.

<sup>4</sup> *L'individualisme et le droit* (1943-1944), préf. F. Mélin-Soucramanien, Paris, Dalloz, 2007, p. 409.

<sup>5</sup> E. Kant, *Le droit implique la faculté de contraindre* dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, CNRS Éditions, 2009, p. 204.

celui de l'émancipation individuelle *et* collective. Le concept de l'abus de droit fondamental est amené à trouver une place subtile, non contre l'individualisme en tant que raison d'être du discours de la fondamentalité, mais vraisemblablement contre ce que J. Benda nommait *l'abus du principe individualiste*, « par lequel le citoyen est résolu à ne voir que les profits matériels de la liberté, à jouir de la dilatation personnelle qu'elle lui permet et à refuser les ascèses qu'elle exige de chaque membre de l'ensemble pour que celui-ci la conserve »<sup>1</sup>. Il est certain que la notion de l'abus de droit fondamental a été inscrite dans les déclarations de droits pour protéger l'ensemble, et particulièrement la démocratie, non contre elle-même, comme il est parfois suggéré à tort, mais contre sa possible aliénation endogène. Le concept de l'abus de droit se retrouve à protéger le cadre libéral d'exercice des droits lui-même. La formule de la Cour EDH est connue, l'abus de droit constitue l'instrument d'une « démocratie apte à se défendre »<sup>2</sup>. À cette fin, la notion stigmatise le liberticide interne.

« Le liberticide [...] abuse des droits et libertés que lui reconnaît la démocratie. Il en détourne l'esprit, sinon la lettre, au moment même où il s'en réclame, et la dissimulation caractérise le plus souvent son comportement. Ici aussi nous avons appris à accepter l'idée, apparemment absurde, que l'on puisse abuser d'un droit »<sup>3</sup>.

**15.** Le long de la recherche, la portée libérale du concept de l'abus de droit se laissera dévoiler plus encore, et de manière plus subtile. Car si son enjeu consiste effectivement à *dissocier l'acte qui constitue le droit de celui qui ne le constitue pas*, alors le concept de l'abus devient une ressource normative intéressante en vue de restreindre, « chirurgicalement », les usages inacceptables des droits, au lieu de leur appliquer des restrictions générales et absolues. Ces restrictions génériques, parfois motivées par l'admirable principe de non-discrimination, peuvent se montrer aveugles, et dans leur grand élan liberticide, elles censurent des usages de droits fondamentaux qui auraient pu prétendre, isolément, à la validité juridique. En la matière, nous le verrons, la liberté de religion constitue un champ privilégié afin de concrétiser les promesses libérales du concept. Il ne faudrait, pour autant, être naïf devant le potentiel liberticide de la notion de l'abus de droit fondamental. Celle-ci est susceptible, elle-même, d'un

---

<sup>1</sup> J. Benda, *La Grande épreuve des démocraties. Essai sur les principes démocratiques. Leur nature. Leur histoire. Leur valeur philosophique*, Paris, Sagittaire, 1945, p. 75.

<sup>2</sup> [GC], 26 sept. 1995, *Vogt c/Allemagne*, n° 17851/91, §§ 51 et 59, en référence à la « wehrhafte Demokratie » allemande au lendemain de la Seconde guerre mondiale.

<sup>3</sup> F. Ost, « Quelle liberté pour les groupements liberticides ? », *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit* H. Dumont et a. (dir), Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 456.



usage abusif. D'autant plus si le pouvoir normatif est tenté de faire de tout chicaneur un liberticide. À l'évidence, l'obsession de l'abus peut aussi être un mirage pour les droits, lorsque « ce qu'on accorde n'est accordé qu'à une condition qui peut sans cesse l'anéantir »<sup>1</sup>.

16. Il n'en reste pas moins que les paradoxes qui mènent à ce cercle vicieux sont « d'une nature entièrement linguistique et logique »<sup>2</sup>. En matière d'abus de droit, il ne faut pas se laisser fasciner par les mots<sup>3</sup>. Aussi, la présente recherche tâchera de s'extraire du langage du droit positif pour atteindre, d'une façon ou d'une autre, l'action et la pensée juridiques au sein de sa communauté d'interprétation. « Les concepts, en droit, se créent par la pensée et par le réel »<sup>4</sup>. Si l'on veut, dès lors, dissiper les masses obscures qui embrouillent l'entendement de l'abus de droit fondamental et qui en dissimulent les enjeux réels, il s'agira avant toute chose de bien *concevoir*.

## II. Une étude sur un concept-objet

17. Cette étude a pour objet un concept, et ce constat oblige sur le plan méthodologique. S'il impose, *a minima*, d'exposer sa méthode de recherche, il ne faudrait pour autant être dupe. On ne peut connaître totalement le contexte de nécessité et de déterminisme dans lequel s'épanouit une méthode de recherche, comme on est parfois contraint de constater, sans scepticisme aucun<sup>5</sup>, les limites de notre faculté à connaître. En droit, comme ailleurs, « les phénomènes cognitifs dépendent de processus infra-cognitifs et exercent des effets et influences méta-cognitifs »<sup>6</sup>. C'est donc entre liberté et déterminisme, ne sachant pas très bien ce qui nous poussait dans le dos<sup>7</sup>, que le phénomène juridique fut appréhendé selon une approche

---

<sup>1</sup> J. Bentham, *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques: extraits des manuscrits de Jeremy Bentham* par Et. Dumont, Bruxelles, Société Belge de librairie, 1840, p. 287.

<sup>2</sup> H. Putnam, « Minds and Machines », dans *Dimensions of Mind* S. Hook (éd.), New York UP, 1960 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signé. Études sur C.S. Peirce*, Paris, Collège de France, 2013, chap. 4, § 131.

<sup>3</sup> L. Wittgenstein, *Le Cahier bleu et le cahier brun*, trad. M. Goldberg et J. Sackur, Paris, Gallimard, 1996, p. 65.

<sup>4</sup> J.-L. Bergel, « Propos conclusif : Les concepts en droit. Usages et identité », *RRJ* (n° 5), 2012, p. 2287.

<sup>5</sup> « Toute pensée, toute opinion humaine contient un élément arbitraire, accidentel, qui dépend des limitations imposées à l'individu par les circonstances, le pouvoir, ses inclinations, un élément d'erreur, en somme. Mais les opinions humaines tendent universellement, à long terme, vers une forme définitive, qui est la vérité » (C.S. Peirce, « Compte rendu de l'édition Fraser de l'œuvre de George Berkeley », dans *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 140).

<sup>6</sup> E. Morin, *La méthode. La connaissance de la connaissance*, Paris, Éditions du Seuil, 1986, p. 18.

<sup>7</sup> G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique...*, préc.

pragmatiste. Il s'agit là, ni plus ni moins, que d'une théorie de la signification susceptible de clarifier (A), au plus près du droit positif (C), notre concept juridique objet (B).

### A. Une étude pragmatiste de clarification conceptuelle

18. Il faut dire d'abord que la démarche est résolument méfiante vis-à-vis d'un trop-plein épistémologique. Si l'adoption d'une méthode scientifique est la vertu épistémique cardinale, elle ne doit pas non plus devenir un esthétisme orgueilleux. Le pragmatisme, tel qu'il est ici revendiqué, considère le caractère épuré de la recherche comme une nécessité de la transmission de sens. L'ambition de la clarification conceptuelle est celle de la simplification vertueuse. Il ne faudrait « prendre à tort la sensation produite par le manque de clarté de notre propre pensée pour un caractère de l'objet auquel nous pensons »<sup>1</sup>. Le propos aurait échoué, en droit et en connaissance, s'il était inutilement complexe pour ses interprètes. Cela n'équivaut pas à dire que le pragmatisme soit lui-même une méthode simpliste ou peu rigoureuse. Il faut bien sûr, aussi, de la norme dans l'activité de connaissance, même dans le mode d'élaboration de nos croyances<sup>2</sup>. La clarification conceptuelle envisagée dépend ainsi d'une appréhension cohérente du phénomène juridique avec les présupposés éprouvés de la métaphysique et de la philosophie de la connaissance<sup>3</sup>.

19. La méthode pragmatiste n'est pas étrangère au droit<sup>4</sup>. Encore faut-il savoir de quel pragmatisme l'on parle, des esprits les plus brillants ayant rapidement conclu à l'existence d'autant de pragmatismes que de pragmatistes<sup>5</sup>, sans parler de son fils ingrat : le pragmaticisme. Un terme « suffisamment laid pour échapper aux kidnappeurs »<sup>6</sup>, théorisé par C.S. Peirce, dont

---

<sup>1</sup> « Au lieu de percevoir que l'obscurité est simplement subjective, nous nous imaginons que nous contemplons une qualité de l'objet qui est essentiellement mystérieuse » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol. 1-6, édités par Ch. Hartshorne et P. Weiss (1931-1935), vol. 7-8 édités par A. Burks (1958), Harvard UP, vol. 5, § 398 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signe*, préc., chap. 4, § 131).

<sup>2</sup> P. Engel, *Les vices du savoir. Essai d'éthique intellectuelle*, Marseille, Agone, 2019, spéc. p. 47.

<sup>3</sup> Selon l'intitulé de la chaire au Collège de France de C. Tiercelin, dont les enseignements n'ont eu de cesse d'éclairer le parcours tortueux de cette recherche.

<sup>4</sup> Le droit aurait même eu une influence sur l'élaboration de la méthode pragmatiste (J. Moret-Bailly, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* (n° 1), vol. 55, 2012, pp. 177-212) même si cette assertion est à nuancer, notamment en ce qui concerne le pragmatisme de Peirce et de James (G. Tuzet, « Pragmatisme et normativité », *Séminaire au Collège de France* [en ligne], 6 février 2013).

<sup>5</sup> Conclusion de Schiller rapportée par C. Tiercelin, « Le pragmatisme : une réévaluation », *Séminaire au Collège de France* [en ligne], 30 janvier 2013.

<sup>6</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 5, § 414 cité par C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, Paris, Collège de France, 2013, p. 5.

le réalisme subtil est un phare pour cette recherche. Au stade épistémologique, le pragmatisme peircien doit être reçu comme un état d'esprit<sup>1</sup>, réaliste<sup>2</sup> et scientifique, vis-à-vis de la connaissance. Revendiquer une méthode pragmatiste, c'est d'abord s'attacher au sens du pratique et de l'action<sup>3</sup>, sa fameuse maxime requérant de « considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet »<sup>4</sup>. *Il n'y a pas de ciel pour les concepts*<sup>5</sup>, et la portée signifiante de ceux-ci réside dans leurs incidences pratiques. « Entendons-nous bien : *pratiquement*, pour un pragmatiste, signifie *théoriquement*, car le sens d'un concept [...] est purement et simplement l'ensemble de ses effets sensibles ou pratiques concevables »<sup>6</sup>. Le pragmatisme ici à l'œuvre doit ainsi être envisagé comme une théorie de la signification<sup>7</sup>.

**20.** La théorie pragmatiste de la signification s'attache aux conditions épistémiques et sociales de la production du discours<sup>8</sup>. Elle est, à notre sens, la mieux à même d'appréhender la dimension fonctionnelle des énoncés juridiques. Précisément, l'observation pragmatiste est

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, « Le pragmatisme : une réévaluation », préc.

<sup>2</sup> « Le réalisme, relativement à un corps de connaissance, peut se ramener à la conjonction de deux thèses : (a) une thèse métaphysique d'*indépendance* et d'*existence* (...). Nos jugements sont vrais en vertu de l'existence d'un monde indépendant de notre connaissance ; (b) une thèse épistémique, relative à la connaissance : nous pouvons savoir si ces jugements sont vrais » (C. Tiercelin, *Le ciment des choses. Petit traité de métaphysique scientifique réaliste*, Paris, Les Éditions d'Ithaque, 2011, p. 189, réf. à M. Devitt, *Putting Metaphysics First*, Oxford UP, 2010).

<sup>3</sup> C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., 2013, p. 4.

<sup>4</sup> C.S. Peirce, « La maxime du pragmatisme » (1903) dans *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 265. La traduction de la version anglaise met plus en valeur l'action de concevoir : « Considérer les effets, pouvant être conçus comme ayant des incidences (*bearings*) pratiques, que nous concevons qu'a l'objet de notre conception. Alors, notre conception de ces effets constitue la totalité de notre conception de l'objet » (*ibid.*, p. 248).

<sup>5</sup> G. Deleuze, F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1991, p. 11.

<sup>6</sup> C. Tiercelin, *Le ciment des choses*, préc., p. 36. Le Pragmatisme « en le considérant comme la maxime selon laquelle l'entière signification (*meaning*) et portée significative (*significance*) de n'importe quelle conception réside dans ses incidences pratiques *de façon concevable* – et certainement pas, au total, dans des conséquences qui influenceraient notre conduite aussi loin que nous puissions prévoir notre situation future, mais dans des conséquences qui, dans une situation *concevable*, contribueraient à déterminer comment il nous faut agir délibérément, et comment il nous faut agir de manière pratique et pas simplement comment il nous faut agir en tant que nous affirmons ou nions, la conception qu'il s'agit de clarifier » (C.S. Peirce, « Sur la phénoménologie », dans *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., pp. 281-282).

<sup>7</sup> « Le pragmatisme n'est en soi aucune doctrine de métaphysique, aucune tentative pour déterminer une quelconque vérité des choses. C'est simplement une méthode pour établir la signification des mots difficiles et des concepts abstraits » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol.5, § 464 cité par C. Tiercelin, préc., p. 5).

<sup>8</sup> « Bien des malentendus concernant l'esprit pragmatique seraient évités si on était attentif à l'importance que le pragmatisme accorde à la dimension sociale tant dans le processus d'acquisition du savoir que dans sa finalité » (J. Dewey, *Reconstruction en philosophie* (1920), trad. P. Di Mascio, Paris, Gallimard, 2014, p. 95).

une étude des usages<sup>1</sup>, non des significations statiques, elle accorde une place déterminante au contexte aussi bien dans l'application de la règle de droit – perspective normative – que dans l'observation des effets produits par cette application du point de vue du phénomène juridique en général – perspective cognitive. La réflexion, ancrée au niveau conceptuel, s'organisera autour de cette double perspective, normative et cognitive. À ce niveau, le propos ambitionne d'étudier la structure discursive commune au droit positif et au discours de connaissance sur le droit positif, tous deux *inhérents* au phénomène juridique envisagé, malgré leur finalité *immédiate* distincte. L'approche pragmatiste se revendique de l'appréhension complexe<sup>2</sup>, elle étudie les interactions, les interdépendances, les discontinuités. Elle admet l'incertitude et accueille l'indétermination<sup>3</sup>, au sein d'une pensée qui se forme nécessairement en signes<sup>4</sup>. En cela, l'étude du contexte est une appréhension *logique* de la *relation-signé*<sup>5</sup>. Pour autant, cette relation ne donne pas tout au contextuel. Si l'interprétation du signe s'opère effectivement par

---

<sup>1</sup> La « thérapeutique pragmatiste supprime dès à présent cette prééminence logique et chronologique de la signification sur l'usage, qui nous fait aussi croire que savoir et comprendre sont affaire d'états mentaux plutôt que d'aptitudes ou de dispositions » (C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 12).

<sup>2</sup> « La complexité n'est pas le contraire de la simplicité... Elle serait plutôt le contraire de l'unidimensionnalité, de l'unilatéralité, du monisme comme dénégation du foisonnement créateur de la réalité » (J. Le Goff, « Introduction », *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant* M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir.), Presse universitaire de Rennes, 2007, p. 14).

<sup>3</sup> « L'indétermination ne serait pas le fruit d'une vague intuition, ou d'une spéculation vide sur l'être de l'étant ; ce serait une indétermination réelle, repérable à tous les niveaux de l'étant » (C. Tiercelin (en réf. à Duns Scot), *Le ciment des choses...*, préc., p. 26).

<sup>4</sup> « La pensée est un signe, qui renvoie non à un objet mais à une pensée qui est son signe interprétant, celle-ci renvoyant à son tour à une autre pensée-signé qui l'interprète, et ce en un processus continu » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 5, § 284 dans C. Tiercelin, *La pensée-signé*, chap. 4, § 23). Pour Peirce, en effet, « les sensations que nous avons en voyant sont des signes de relations de choses dont l'interprétation doit être découverte inductivement » (C.S. Peirce, *Ibid.*, vol. 8, § 36 cité par C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, p. 13). C'est un véritable réalisme sémiotique triadique qui est postulé par le philosophe de Milford. « Un signe, ou representamen, est quelque chose qui représente à quelqu'un quelque chose sous quelque rapport (respect) ou à quelque titre (capacity). Il s'adresse à quelqu'un, c'est-à-dire crée dans l'esprit de cette personne un signe équivalent, ou peut-être plus développé. Ce signe qu'il crée, je l'appelle l'interprétant du premier. Le signe représente quelque chose, son objet. Il représente cet objet, non sous tous les rapports, mais par référence à une sorte d'idée que j'ai appelée quelquefois le fondement (ground) du representamen » (*Ibid.*, vol. 2, § 228 dans C. Tiercelin, préc., p. 40). Le pragmatisme est alors « cette philosophie qui considère le fait de penser comme une manipulation de signes pour envisager les questions » (C.S. Peirce, *The New Elements of Mathematics* III, p. 191 dans C. Tiercelin, *La pensée-signé*, préc., § 33). Pour un exemple d'application de cette théorie de la signification au droit, cf. B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2005, pp. 584 et s. (§ 283).

<sup>5</sup> « Notre relation avec le monde réel n'est donc pas immédiate, mais d'emblée discursive : c'est une relation d'interprétation. Connaître le réel supposera un travail de lecture et de traduction de signes publics » (C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 15). Ce modèle discursif ramène le sens du signe vers le contexte propositionnel : « Aucun signe d'une chose ou espèce de chose [...] ne peut apparaître si ce n'est dans une proposition, et une opération logique sur une proposition ne peut résulter qu'en une proposition (et rien d'autre) ; de sorte que les signes non propositionnels n'ont d'existence que comme constituants de propositions » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 4, § 583 et 56 dans C. Tiercelin, préc., p. 31).

son usage contextuel, le signe renvoie toujours à l'objet représenté<sup>1</sup>. Le réalisme sémiotique peircien intéresse ainsi le droit<sup>2</sup>. Le phénomène juridique de signification en particulier qui, mobilisé par le concept de l'abus de droit, est *un processus de traduction de signes normatifs*<sup>3</sup> *dans un certain contexte discursif*<sup>4</sup>. La norme juridique est un signe symbolique qui constitue la continuation logique du système de signes prescriptifs envisagé par le discours juridique. Autrement dit, le droit constitue lui-même un réseau complexe de relations-signes symboliques et contraignantes<sup>5</sup>, à chaque fois *révélé* par la norme juridique impliquée elle-même sous forme de relation. Les signes juridiques ne s'appréhendent effectivement que sous forme relationnelle, épris qu'ils sont des signes qui les précèdent et s'adressant inexorablement aux signes qui leur succéderont<sup>6</sup>. Il y a, en droit, une logique discursive externe observable, laquelle ne se réduit

<sup>1</sup> « On ne peut davantage tirer la sémiotique peircienne dans le sens d'un hypercontextualisme d'où serait absente toute référence du signe au representamen, à un état du monde ou à un état de la pensée. La réflexion ne porte pas tant, en fait, sur la nature des signes que sur leur sens » (C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 33).

<sup>2</sup> Le rapport sémiotique peircien entre objet et signe est applicable au rapport juridique entre énoncé prescriptif – ou plus largement le système de signes du discours juridique dans son ensemble – et norme. Sa dimension triadique postule bien que la norme signifie l'énoncé prescriptif *sous un certain rapport*, justifié par un troisième élément, le fondement de l'objet. C'est ce fondement de l'énoncé juridique qui justifie un certain type de signification dans un univers de discours. En droit, ce fondement sera symbolique (selon la division peircienne du signe) et donc immédiatement *sémantique*. Pour que la relation significative fonctionne, il faut une « familiarité avec le système de signes », une « observation », une « expérience collatérale » (*ibid.*, p. 42), indépendante de l'action du signe (mais qui ont elles-mêmes la nature d'un signe). Cette familiarité et cette expérience sont introduites en droit par l'interprète authentique et sa connaissance du contexte discursif juridique. Or, justement, dans sa théorie du rapport sémiotique, Peirce insiste sur le lien causal réflexif entre objet et signe. Autrement dit, il y a un lien causal qui unit *l'objet au signe, mais aussi le signe à l'objet* : « L'objet est introduit à l'existence par le signe. [...] L'objet d'un signe peut parfois être quelque chose de créé par le signe » (*ibid.*, vol. 8, § 178). Ou comment la norme juridique, qui révèle pour chaque situation le système de signes que constitue le droit, crée parfois elle-même son fondement juridique pour les besoins de l'objet social à régir. Clairement, pour C. Tiercelin, « l'expérience collatérale (l'ensemble des habitudes) en un sens crée l'objet » (*ibid.*, p. 43). La perspective est renversée, la pratique transforme l'objet en signe, et l'objet réel devient le produit de l'interprétation finale idéalisée (*idem.*). Ainsi donc, la conception de l'ensemble des effets est la conception complète de l'objet. Il faudra s'en souvenir lorsqu'il s'agira d'envisager la signification d'un droit fondamental comme l'ensemble de ses *usages* valides.

<sup>3</sup> « Le sens d'un signe est le signe dans lequel il doit être traduit » (*ibid.*, vol. 4, §132) ou encore « le sens de n'importe quel *discours ou autre signe*, c'est sa traduction en un signe plus commode pour les besoins de la pensée » (C.S. Peirce, *The New Elements of Mathematics* II, p. 251 dans C. Tiercelin, *La pensée-signe*, § 33, nous soulignons). On remarquera que c'est exactement le processus du droit qui, pour les besoins de l'objet social à régir, opère une traduction constante de signes normatifs généraux et abstraits en signes particuliers et concrets.

<sup>4</sup> F. Recanati, « Philosophie du langage et de l'esprit », *Leçon inaugurale au Collège de France* [en ligne], 12 déc. 2019.

<sup>5</sup> Dans la sémiotique peircienne l'objet est à la fois réel et signe (C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 43). Le droit est un objet dynamique constituant lui-même un réseau complexe de signes, produit d'interprétations antérieures et objet d'interprétations futures. Un réseau de signes symboliques faisant ainsi intervenir, et à chaque fois, un interprétant, puisque, logiquement, « n'importe quelle forme de discours ne signifie ce qu'elle signifie qu'en vertu de ce que l'on comprend qu'elle a cette signification » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol. 2, § 304 dans C. Tiercelin, *La pensée-signe*, chap. 4, § 28).

<sup>6</sup> Selon la belle formule de D. Mantovani, « la règle juridique est un programme que hier donne à demain » (« Droit, culture et société de la Rome antique », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 17 janv. 2019).

pas à la psychologie de ses interprètes. La méthode est pragmatiste en ce que ces signes juridiques sont appréhendés du point de vue de leur intentionnalité, de leur finalité, de leur but au sein du discours. Les signes du droit sont mus par cette *force douce de la causalité finale*<sup>1</sup>. Et dans ce *continuum de la signification juridique*, l'abus de droit fondamental, en tant que concept normatif, est un signe qui vaut loi, dont la valeur est à la fois *descriptive (la régularité)* et *prescriptive (la régulation)*<sup>2</sup>.

**21.** Il est effectivement déterminant de comprendre en quoi la méthode pragmatiste est susceptible de répondre à l'ambition poursuivie, et pour l'instant obscurcie par les ombrages métaphysiques, celle d'une clarification conceptuelle de l'abus de droit fondamental. Il convient, tout d'abord, de prendre en considération le champ énonciatif du concept-objet. Nous y reviendrons, mais déjà, il doit être tenu compte du fait que l'abus de droit fondamental est un concept juridique. Les effets pratiques du concept envisagé seront donc *immédiatement* d'ordre normatif. Nous rencontrerons à la fois des conséquences elles-mêmes conceptuelles, selon une relation inférentielle entre les concepts de type normatif, puis finalement des conséquences empiriques qui renvoient à la pratique des interprètes du discours juridique<sup>3</sup>. Ces conséquences formeront, ensemble, la signification du concept. Ainsi, la signification envisagée ne se réduit-elle pas à une signification dans le langage<sup>4</sup>, elle est une signification dans *le monde* du droit. Il s'agit de ne pas s'en tenir aux abstractions, idées ou représentations, mais au contraire associer ces constructions intellectuelles aux *dispositions à agir* qu'elles induisent. L'élan de la connaissance conceptuelle nous portera inexorablement jusqu'au résultat pratique, sensible. Et pour cause, « il n'y a pas de nuance de signification assez fine qu'elle ne puisse produire une différence dans la pratique »<sup>5</sup>. Simplement, la signification du concept de l'abus de droit fondamental consistera dans *les habitudes*<sup>6</sup> discursives de la communauté d'interprétation du

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, *La pensée-signe*, chap. 4, § 33.

<sup>2</sup> C. Tiercelin, *Le ciment des choses...*, préc., p. 344.

<sup>3</sup> Sur le dépassement de la dichotomie en matière de pragmatisme juridique entre conséquences conceptuelles et conséquences empiriques, cf. G. Tuzet, « Pragmatisme et normativité », préc.

<sup>4</sup> Telle que l'envisage par exemple L. Wittgenstein, pour qui, dans « une *large* classe des cas où il est utilisé – mais non pour *tous* –, le mot “signification” peut être expliqué de la façon suivante : la signification d'un mot est son usage *dans le langage* » (L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques* (1953), trad. F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero, D. Janicaud, É. Rigal, Paris, Gallimard, 2014, p. 50, *nous soulignons*).

<sup>5</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 5 § 400 dans C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, p. 18.

<sup>6</sup> « Il y a deux manières pour une chose d'être dans l'esprit – *habituellement* et *actuellement*. Une notion est dans l'esprit *actuellement* quand elle est actuellement conçue ; elle est dans l'esprit *habituellement* quand elle peut directement produire une conception » (C.S. Peirce, « Compte rendu de l'édition Fraser de l'œuvre de George Berkeley », préc., p. 145). « Pour développer le sens d'une pensée, il faut simplement déterminer quelles habitudes elle produit, car le sens d'une chose consiste simplement dans les habitudes qu'elle implique. Le caractère d'une habitude

droit qui sont impliquées par ce concept : quel raisonnement logique, quelles inférences normatives, quelles références textuelles les interprètes ont-ils *propension* à faire ?

22. La recherche de cette *essence dispositionnelle* au sein de la communauté d'interprétation juridique s'inscrit inévitablement dans le cadre d'une métaphysique réaliste du vague<sup>1</sup>. Un vague *ontologique*, qui est « en définitive un principe universel *réel*, et non “un défaut de notre connaissance ou de notre pensée” »<sup>2</sup>. Aussi, les pratiques visées ne pouvant être que les pratiques *conçues*, la méthode pragmatiste ne s'assimile pas à un matérialisme réducteur.

« En résumé, la maxime pragmatiste n'a rien d'un principe matérialiste ou nominaliste : elle se présente comme une méthode d'élucidation de nos concepts, lesquels ne peuvent être compris que par référence à des croyances, bref, à des dispositions générales à agir qui se manifestent dans des actions inséparables d'une visée rationnelle »<sup>3</sup>.

La clarification conceptuelle par le recours à la pratique, au but, à la conduite, reste, en cela, une vertu scientifique pour une étude juridique.

---

dépend de la façon dont elle pourrait nous conduire à agir, non seulement dans telle circonstance probable, mais dans toute circonstance possible, si improbable qu'elle puisse être. Ce qu'est une habitude dépend de ces deux points : quand et comment elle est la cause de notre action. Pour le premier point (quand ?), tout stimulant à l'action dérive d'une perception ; pour le second point (comment ?), le but de toute action est d'amener au résultat sensible. Nous atteignons ainsi le tangible et le pratique de manière concevable comme base de toute distinction réelle de pensée, si subtile qu'elle puisse être » (C.S. Peirce, « La maxime du pragmatisme » dans *ibid.*, pp. 265-266).

<sup>1</sup> C'est-à-dire un réalisme des *propriétés authentiques dispositionnelles*, qui met en œuvre des dispositions à agir et à réagir de différentes manières, selon les circonstances (C. Tiercelin (réf. à Ellis), *Le ciment des choses*, préc., p. 294). Ces dispositions qui sont irréductiblement générales et indéterminées (*ibid.* (réf. à Peirce), p. 283).

<sup>2</sup> C. Tiercelin, *La pensée-signe*, préc., chap. 5, § 102, réf à Peirce, *The Collected Papers*, vol. 4, § 344. Cf. égal. C. Tiercelin, « Du vague des objets à l'objectivité du vague, et retour » (La philosophie de Pascal Engel), *Klēsis*, 45/2020.

<sup>3</sup> C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 20. Il faut prendre garde, effectivement, à ne pas imputer au pragmatisme les fautes épistémiques qui lui sont aux antipodes.

## B. Une étude juridique : le droit comme champ énonciatif du concept-objet

23. Cette thèse ne prétend pas adopter une démarche formellement théorique, ni s'inscrire dans le cadre préétabli d'une théorie du droit stabilisée. Elle n'a pas pour objet de confronter, ce qui n'est pas encore une théorie pragmatiste du droit, à d'autres ontologies du phénomène juridique, que l'on prétendrait restituer fidèlement. À défaut d'une connaissance scientifique suffisante, bâtie sur un objet d'étude, il n'y aurait que *vice du savoir*<sup>1</sup> à relater ces contres théories à notre mesure, et ainsi mettre en lumière celle retenue sous des projecteurs artificiels. Néanmoins, selon une démarche strictement méthodologique, il convient d'éclaircir le champ d'étude en établissant un « petit lexique »<sup>2</sup> de la recherche. La méthode pragmatiste suppose logiquement la clarification du concept incontournable pour toute étude juridique : le concept de droit<sup>3</sup>. En l'occurrence, le phénomène juridique sera assimilé pour cette recherche à un discours. Au sein de la démarche pragmatiste ici adoptée, *l'attention particulière portée au discours considère ensemble le langage, la pensée et l'action*<sup>4</sup>. Le discours juridique est inscrit dans le monde<sup>5</sup>, enserré d'un Triangle d'or : mot-concept-chose<sup>6</sup>.

24. Paul Valéry, « au cours d'une conférence faite à l'École des Sciences politiques, observait que ce qui manque aux nombreuses définitions du Droit, présentées par les meilleurs auteurs de Justinien à Kant, c'est la mention du langage, qu'il n'est pas possible pourtant de séparer de la notion de Droit »<sup>7</sup>. Depuis E. Kant et la réflexion de P. Valéry, nombreuses sont les philosophies du droit qui ont été guidées par des enseignements circonscrits à la philosophie du langage. La plus célèbre étant, sans doute, celle exposée dans *The Concept of Law*, en vertu

---

<sup>1</sup> P. Engel, *Les vices du savoir*, préc.

<sup>2</sup> Selon l'expression de M. Carpentier (*Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut universitaire Varenne, n° 99, 2014, p. 41).

<sup>3</sup> B. Frydman, « Renouveau et avancée dans la définition du droit », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 989.

<sup>4</sup> C. Tiercelin, « Les divers tournants “linguistiques” et “cognitif” du XX<sup>e</sup> siècle, leurs impasses, et l'ébauche d'une réponse dans les termes de la sémiotique ontologique et réaliste peircienne » (Sémiotique et ontologie : repères historiques et perspectives contemporaines), *Cours au Collège de France* [en ligne], 12 mars 2019.

<sup>5</sup> « Le discours est modelé par le monde, et modèle le monde. Le discours est modelé par le langage, et façonne le langage. Le discours est modelé par les participants, et façonne les participants. Le discours est modelé par le discours antérieur, et modèle les possibilités de discours futur. Le discours est modelé par son moyen de diffusion, et en transforme les possibilités. Le discours est modelé par son but, et il modèle des buts possibles » (C. Eisenhart, B. Johnstone, « L'analyse du discours et les études rhétoriques », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 9/2012, § 13).

<sup>6</sup> C. Tiercelin, « La connaissance métaphysique », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 5 mai 2011.

<sup>7</sup> R. Nerson, « Exercices de vocabulaire », dans *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 604 cité par A. Papaux, « La loi en panne symbolique ou comment mourir à la singularité devant la loi de Kafka », *Revue européenne des sciences sociales* [en ligne], 10 nov. 2009.



de laquelle H.L.A. Hart prônait « une conscience aiguisée des mots pour aiguïser notre perception du phénomène »<sup>1</sup>. Le langage est incontournable pour toute compréhension du droit, sauf à *renier le droit lui-même*<sup>2</sup>, tandis que certains sont allés jusqu'à réduire le phénomène juridique à un phénomène de communication<sup>3</sup>. Le droit n'est cependant pas un langage banal ou « ordinaire », il est un *discours systématique* fusionné à un pouvoir politique et à une structure institutionnelle qui lui confèrent une efficacité pratique immédiate. « Le droit est à la fois un système de savoir et un système d'action. On peut le concevoir aussi bien comme un texte fait de propositions et d'interprétations normatives, que comme un ensemble de régulateurs d'action »<sup>4</sup>. Aussi, le discours juridique ne se réduit-il pas aux règles que le langage énonce, il est également représentations, pratiques sociales, institutions, individus. Il est le discours structurel de la société dans son ensemble et peut exiger, à travers la communauté d'interprétation qui le met en action, le respect de ses prescriptions autant que la sanction de leur violation. En outre, et cette fois comme tout langage<sup>5</sup>, le discours juridique est polyvalent et polyfonctionnel.

**25.** En réalité, le droit est un véritable système discursif composé d'un ensemble de discours typiques (ou fonctions catégorielles), chacun réunissant à son tour une multitude de discours. Le discours juridique est d'abord formé de discours normatifs (1). Le discours normatif guide les comportements, il contraint, il signifie ce qui doit être (*soll sein*)<sup>6</sup>. Tous les interprètes du discours juridique sont susceptibles de produire un discours normatif, mais seuls

---

<sup>1</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (citant J. L. Austin) (1961), Oxford, Clarendon Law Series, 2012, p. 14. Cf. égal. A. Marmor, S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of language in the Law*, Oxford, Oxford University Press 2013, 288 p.

<sup>2</sup> F. Brunet, *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2012, spéc. pp. 134 et s.

<sup>3</sup> M. Van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 11: « There is also an enhanced need for more attention to be paid to human interaction and communication in the light of new theories, which are less individualistic and emphasise some form of community, which transcend the sum of its members, such as ecological theories, that emphasise intergenerational duties of men, or autopoietic theories, which shift the attention from the individual actor to society as a system. In these theories the individual is seen less as an atomic entity, which could be isolated from any concrete community, but rather as part of a whole, which does not only offer an added value to the sum of the isolated individuals, but is the necessary condition and framework for any form of individual good life. If this approach is correct, it means that human interaction and communication have to be at the centre of any theory of law, rather than individuals or legal systems as such ». Cf. égal. O. Cayla, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Université de Panthéon Assas, 1992, spéc. p. XXI.

<sup>4</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., pp. 94-95.

<sup>5</sup> E. Morin, *La méthode 4. Les idées* (1991), Points, 2014, p. 237.

<sup>6</sup> En termes kantien, le devoir-être en droit peut être assimilé à cette « idée pratique qui peut et doit réellement avoir de l'influence sur le monde sensible, afin de le rendre, autant que possible, conforme à cette idée » (*Critique de la raison pure*, p. 545 cité par S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 359).

les interprètes authentiques<sup>1</sup> produisent formellement des normes juridiques. À côté de ce « magma normatif »<sup>2</sup>, l'ensemble des interprètes sont également capables de produire des discours cognitifs (2) à propos des normes, c'est-à-dire de la connaissance à propos du devoir être social. Ces discours cognitifs *participent* du phénomène juridique, lequel ne peut effectivement être appréhendé qu'en tant qu'ordre normatif. Le droit est aussi un ordre dogmatique composé de savoirs théoriques, techniques et formels<sup>3</sup>. Il est, dès lors, un troisième niveau lié, théorique (3), *partiellement externe* au phénomène juridique, et qui a justement pour objet de le décrire. Partiellement externe, car les discours normatifs et cognitifs du droit sont empreints de théorie, alors que, réciproquement, les discours théoriques peuvent servir la normativité du droit<sup>4</sup>. Il ne faut pas non plus surestimer la faculté du domaine théorique à se détacher de ses conditions épistémiques et sociales de production. *In fine*, une étude pragmatiste

---

<sup>1</sup> Au sens kelsennien : « L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours un caractère authentique : elle crée du droit (...). Par une telle interprétation authentique, il peut être créé du droit, non seulement dans le cas où l'interprétation a un caractère général, c'est-à-dire où il y a interprétation authentique au sens habituel du mot, mais également dans le cas où un organe d'application du droit crée une norme individuelle ». « Il faut observer à cet égard que la voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer ». (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fra. de la 2<sup>ème</sup> éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 461). L'interprète authentique désigne donc un organe juridique, mais l'on peut tout autant garder en cette expression ce qu'elle signifie du point de vue herméneutique. Ainsi, l'interprétation authentique est celle qui nécessite une forme d'appropriation du texte, car « il n'est pas d'interprétation authentique qui ne s'achève dans quelque forme d'appropriation – *Aneignung* –, si par ce terme nous entendons le processus par lequel on fait sien (*eigen*) ce qui d'abord était autre, étranger » (P. Ricoeur, *Écrits et conférences 2 : Herméneutique*, Paris, Seuil, 2010, p. 115). Comme le dit brillamment T. Dubourg dans sa lecture de la philosophie herméneutique de P. Ricoeur : « comprendre [un texte], c'est (...) se mettre en route vers *l'orient* du texte, ce qui ouvre la voie au but ultime de l'acte de lecture : la *compréhension érudite* ou *l'interprétation profonde*, c'est-à-dire l'appropriation par le lecteur du mode d'être-au-monde déployé par la sémantique profonde du texte » (« Une lecture herméneutique du droit et de la théorie juridique : à propos de Paul Ricoeur » (avec X. Bioy), dans *Traité de théorie du droit* M. Carpentier (dir.), à paraître). Par ailleurs, et de nouveau d'un point de vue juridique, cette étude fera parfois référence, au sein des interprètes authentiques, aux interprètes autorisés ou privilégiés parce que leur interprétation normative reçoit une autorité particulière en droit (la Cour EDH pour la Convention EDH, la CJUE pour le droit de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel pour la constitutionnalité des lois, etc.).

<sup>2</sup> R. Guibourg, *El fenómeno normativo. Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico*, Buenos Aires, Astrea, vol. 14, 1987, p. 167 cité par G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Nouvelles Bibliothèque de thèse, Dalloz, 2006, p. 46.

<sup>3</sup> V. Forray, S. Pimont, *Décrire le Droit... Et le transformer...*, préc., p. 284.

<sup>4</sup> Le concept de l'abus de droit connaît particulièrement cette circularité entre les discours, apparu sous la plume du juge, puis rationalisé d'un point de vue prétendument externe par des auteurs qui évoquaient une véritable « théorie de l'abus de droit ». Cette connaissance méta dogmatique, qui prit pour objet le concept, servit en même temps son œuvre normative. Il en est de même pour tous les concepts juridiques, dans cet espace de la constitution mutuelle de la norme et de la connaissance, que l'on songe à la proportionnalité, à la hiérarchie des normes, etc.

à propos du concept de l'abus de droit fondamental prend au sérieux cette puissante réflexivité du phénomène juridique, induite de la circularité entre ces trois niveaux de discours.

26. La force agissante du discours juridique est le fait de sa communauté d'interprétation<sup>1</sup>, dont le rôle est mis en valeur par une lecture du droit en tant que phénomène discursif. En particulier, le destinataire des normes juridiques voit son importance valorisée au sein même du processus d'élaboration normative<sup>2</sup>. La communauté d'interprétation lie les dimensions normatives et cognitives du discours juridique afin de bâtir sur le droit une croyance collective et consensuelle, nécessaire à sa stabilité et donc à sa normativité. En d'autres termes, *c'est la communauté d'interprétation du discours juridique qui fait la réalité du droit*. De ce point de vue, le fait discursif, qui recèle ses propres enjeux compréhensifs et explicatifs, est un objet réel<sup>3</sup>. Un réel construit, immédiatement rationnel, dépositaire de présupposés métaphysiques autonomes, et dont l'observation n'est bien sûr pas une appréhension de premier degré, mais de énième degré. Simplement, étudier le phénomène juridique consiste à étudier les propriétés du discours juridique, les phénomènes objets de notre observation étant des phénomènes discursifs, produits de l'action des interprètes. Cette volonté d'aborder le droit par le prisme de ses propriétés discursives vise à saisir l'unité fondamentale, pour cet objet, entre

---

<sup>1</sup> Le concept de communauté d'interprétation permet de penser particulièrement ici la validité juridique. La méthode pragmatiste use de cette représentation de manière générale pour appréhender les concepts de réalité et de vérité. Ainsi, « le monde en tant que somme des faits possibles ne se constitue que pour une communauté d'interprétation dont les membres, situés à l'intérieur d'un mode vécu intersubjectivement partagé, s'entendent sur quelque chose qui existe dans le monde » (J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 28). Ce qui n'équivaut pas à dire, bien sûr, que la réalité soit elle-même dépendante de sa compréhension par la communauté. Leur rapprochement est opéré par Peirce à travers son concept « d'opinion finale ». « Le réel est donc ce à quoi tôt ou tard aboutiraient l'information et le raisonnement, et qui est donc indépendant de mes fantaisies comme des vôtres. Ainsi l'origine même de la conception de la réalité montre que cette conception renferme la notion de COMMUNAUTÉ, sans limites définies, et susceptible d'un accroissement indéfini de connaissance » (C.S. Peirce, « Quelques conséquences de quatre incapacités », *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 69). « Qu'on accorde donc que la conception d'un objet qui ne serait pas seulement au-delà de la pensée de tel ou tel homme, mais au-delà de toute pensée possible, est une absurdité. En admettant cela, nous n'annulons pas la distinction entre réalité et fiction. Si un objet est de n'importe quel caractère que je puisse ou qu'un homme ou que des hommes puissent vouloir qu'il soit ou imaginer, il s'agit d'une *fiction*. Mais si ses caractères sont indépendants de ce que vous ou moi ou n'importe quel nombre d'hommes en pensent, c'est une *réalité*. L'objet de cette opinion finale établie à laquelle on suppose que mènera une recherche, si elle est poussée assez loin, satisfait à cette définition de la réalité ; car même si la perversité de générations d'hommes peut retarder indéfiniment l'accord, elle ne saurait toutefois altérer le caractère de la croyance qui seul peut être établi de manière permanente » (*ibid.*, p. 213).

<sup>2</sup> Sur la distinction plus érudite entre suivre une règle et appliquer une règle, cf. M. Carpentier, *Norme et exception...*, préc., pp. 138 et s.

<sup>3</sup> Une conception du discours ancrée dans le monde où le langage est matière. « Il faut que, d'une manière ou d'une autre, le mot et la parole cessent d'être une manière de désigner l'objet ou la pensée, pour devenir la présence de cette pensée dans le monde sensible, et, non pas son vêtement, mais son emblème ou son corps » (M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception* (1945), Paris, Gallimard, 1976, p. 222).

fait et valeur, théorie et pratique, objectif et subjectif, abstrait et concret. La méthode pragmatiste est une démarche dynamique qui aspire à étudier la complexité du réel juridique, ce tissage discursif d'expressions phénoménales et de structures normatives, d'institutions légales et d'êtres revendicatifs. L'objet d'étude est précisément le droit en train de se faire, un discours vivant<sup>1</sup>, dont il faut se garder de délier exagérément, tant sur la forme que sur le fond, les phénomènes en action.

27. En particulier, et conformément à une lecture du droit en tant que globalité discursive, le phénomène de la fundamentalité sera lui-même envisagé en tant que discours. Un discours spécifique, localisé au sein et par-delà le droit, dont les dispositions matérielles, formelles et institutionnelles constituent, ensemble, l'horizon indépassable de la validité juridique. Le discours de la fundamentalité, qui fait le *lien* entre les droits, constitue le champ énonciatif à partir duquel se déploie le concept de l'abus de droit fondamental. En ce qu'il est constitutif du concept, la spécification de l'énoncé « droit fondamental » fera l'objet de développements substantiels. D'ores et déjà, il faut dire que le droit fondamental, d'un point de vue pragmatiste, est apprécié à l'aune de la communauté d'interprétation du discours, en ce qu'il constitue, pour chacun des objets de la fundamentalité, *l'ensemble des usages valides*. Simplement, et pour exemple, la signification du droit fondamental à la liberté d'expression est l'ensemble des usages valides, *actuellement et potentiellement*, de cette liberté au sein de la communauté d'interprétation de la fundamentalité. La lecture pragmatiste s'intéresse ainsi au rapport éminemment complexe entre langage, cognition et action juridiques dans la détermination du sens des droits. Résolument, en prenant pour objet *l'usage* des droits fondamentaux, cette étude prend ancrage dans le droit dit positif.

---

<sup>1</sup> « Ce que peut bien être la vraie définition du Pragmatisme, voilà qui me paraît très difficile à dire ; mais j'aurais naturellement tendance à dire que c'est une sorte d'attraction instinctive pour les faits vivants » (C.S. Peirce, *Pragmatisme et pragmatisme.*, préc., p. 301).

### C. Une étude de connaissance intrinsèquement liée au droit positif

« Dans le domaine de la science, le principe d'utilité est souverain »<sup>1</sup>.

**28.** Par cette citation de R. Guastini, G. Tusseau débute sa brillante thèse sur les *normes d'habilitation*. Un concept également spécifié qui, selon les dires de son éminent directeur<sup>2</sup>, est à la fois utile et éclairant sur le fonctionnement même de la discipline. L'utilité en droit est souvent appréciée soit en termes de connaissance « pure », soit en termes de praticité normative. On ne redira jamais assez combien l'étude pragmatiste se fonde, au contraire, sur leur densification mutuelle selon un même horizon pratique. Fidèle à ce « lien inséparable qui existe entre connaissance rationnelle et finalité rationnelle »<sup>3</sup>, la connaissance en droit est « un savoir issu de la pratique et construit essentiellement pour la pratique »<sup>4</sup>. Le concept de l'abus de droit fondamental est saisi de cette réflexivité, son étude fera logiquement la part belle à la normativité concrète autant qu'à la connaissance immanente à cette entreprise normative. Et parce que décrire c'est produire<sup>5</sup>, les propositions de connaissance formulées pour ce travail, mêmes critiques ou prospectives, relèveront bien du genre descriptif, sans pour autant être exclues, fatalement, du phénomène juridique lui-même. Du reste, l'étude du concept de l'abus de droit fondamental ne se prononce pas sur l'opportunité des choix normatifs opérés ; elle vise seulement leur mode d'élaboration logique. Il s'agit simplement d'identifier l'œuvre conceptuelle de l'abus de droit au sein du phénomène juridique. Une œuvre féconde aussi bien pour la norme que pour la connaissance, et dont l'appréhension clarifiée fera l'économie de certains excédents dans la pensée du droit.

**29.** Telle est l'ambition d'un discours scientifique dont il ne faudrait pas, encore une fois, surestimer l'externalisme. Le point de vue de l'observateur en droit ne vient pas de nulle

---

<sup>1</sup> R. Guastini, « Metateoria degli atteggiamenti normativi », dans M.P.S.C.G., Vol 12, 1982, pp. 174-175 cité par G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Nouvelles Bibliothèque de thèse, Dalloz, 2006, p. 1.

<sup>2</sup> M. Troper, *Préface* de la thèse préc.

<sup>3</sup> C.S. Peirce (réf. à Kant), *The Collected Papers*, préc., vol. 5, §412 dans C. Tiercelin, *La pensée-signe*, préc., § 6.

<sup>4</sup> B. Frydman, « Le droit comme savoir et comme instrument d'action dans la philosophie pragmatique » *RRJ*, 2017-5, p. 1805. Pour J. Habermas, « on oppose la "décision" et la "connaissance" parce que l'on croit à tort faire un pas en avant en transformant abstraitement en contenus sémantiques ce que nous apprenons lorsque nous tirons profit des solutions que nous trouvons aux problèmes, ou lorsque nous communiquons ou encore lorsque nous présentons ces contenus ; mais ce qui est acquis de cette manière l'est en fonction de contextes et de cohérences pragmatiques, dont ne tiennent pas compte les abstractions sémantiques » (*Parcours 2 (1990-2017). Théorie de la rationalité. Théorie du langage*, trad. C. Bouchindhomme, F. Joly, V. Pratt, Paris, Gallimard, 2018, p. 219).

<sup>5</sup> V. Forray, S. Pimont, *Décrire le Droit... Et le transformer...*, préc.

part<sup>1</sup>, sa lecture du phénomène juridique est un processus actif<sup>2</sup>, façonné de choix méthodologiques et de connaissances antérieures. Il est d'une certaine manière participant au phénomène qu'il veut connaître<sup>3</sup>, contraint par sa formation, par le contexte cognitif de l'étude, et bien sûr par les liens sémantiques entre le discours qu'il prend pour objet et son propre discours – lequel est comme *embarqué*<sup>4</sup> par le phénomène juridique lui-même. La signification en droit s'en va ainsi du discours de connaissance théorique jusqu'au discours normatif du légiste<sup>5</sup>, et réciproquement. En outre, l'enquête pragmatiste ne se condamne pas au scepticisme axiologique. Même lorsqu'il atteindra l'espace théorique et le temps de l'hypothèse scientifique, notre discours de connaissance trahira, dans les moments fatidiques, sa préférence de la démocratie sur le totalitarisme, du libéralisme sur l'autoritarisme, et généralement des vertus épistémiques et éthiques sur le nihilisme des valeurs et des méthodes scientifiques. Les ambitions de l'étude prennent appui sur le socle de valeurs de la science.

---

<sup>1</sup> Réf. T. Nagel, *Le point de vue de nulle part*, trad. S. Kronlund, Éditions de l'éclat, 1993, 320 p.

<sup>2</sup> G. Fourrez, *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, De Boeck Université, 2002, p. 32.

<sup>3</sup> Sur le plan épistémologique, cette participation doit aussi être vue comme un engagement indispensable vis-à-vis de la recherche. Ainsi, « tandis que pour les autres doctrines une vérité nouvelle est une découverte, pour le pragmatisme c'est une invention » (H. Bergson, « Sur le pragmatisme de William James. Vérité et réalité » dans *La pensée et le mouvant. Essais et conférence* (1934), Édition numérique : P. Hidalgo, La Gaya Scienza, 2011, p. 271). Le pragmatisme, ici à l'œuvre, est enquête, expérience et engagement. « Nous aurions donc intérêt à accepter une fois pour toutes ce qui constitue la suggestion principale du pragmatisme, à savoir le remplacement de la notion de croyance vraie par celle de règle d'action qui réussit » (J. Bouveresse, « Philosophie du langage et de la connaissance », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 6 oct. 1995).

<sup>4</sup> M. Maury, *Le but en droit public français*, Thèse en droit public, Université Paris I Sorbonne, 2020, p. 170.

<sup>5</sup> N. Dissaux, C. Jamin, « Avant-propos », *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, Paris, 2015, p. III.

### III. Les ambitions de l'étude : le concept de l'abus de droit fondamental en tant qu'hypothèse générale

**30.** Le concept envisagé explore les liens entre les phénomènes<sup>1</sup>, il aspire à mettre en ordre les mots, la pensée et les choses qui, sans lui, seraient considérés isolément, comme dissimulés à la dynamique du réel. Au sein du discours juridique, le concept bâtit le pont entre le sens du mot – *la notion de l'abus de droit fondamental* – et *le mode d'être particulier de la chose*<sup>2</sup>, qui est le véritable objet de cette recherche. Comme nous le rappellent les philosophes médiévaux, le mot signifie indirectement la chose que le concept signifie directement<sup>3</sup>, si bien que ce dernier « devient le dépositaire privilégié de la signification »<sup>4</sup>. En l'occurrence, le concept *signifie* ce en quoi consiste *réellement* l'abus de droit fondamental au sein de la communauté d'interprétation du droit (A). Mais, ce n'est pas tout. Comme constituant du discours et puissance épistémique<sup>5</sup>, le concept porte en lui la réflexivité du phénomène juridique. Autrement dit, l'abus de droit fondamental délivre une connaissance spécifique sur le phénomène de la fondamentalité lui-même (B). Une connaissance juridique originale à propos de la dynamique des droits fondamentaux qui intéresse directement certaines réflexions contemporaines sur la démocratie (C).

---

<sup>1</sup> « Dans toutes ces avancées, la connaissance scientifique a atteint une nappe où la logique déductive-identitaire n'est plus opératoire, mais la reconsidération de cette logique est d'autant plus évitée qu'elle mettrait en question le paradigme maître. Partout, on est poussé à considérer non des objets clos et isolés, mais des systèmes organisés en relation co-organisatrice avec leur environnement » (E. Morin, *La méthode 4. Les idées*, préc., p. 350).

<sup>2</sup> C. Tiercelin, *Le ciment des choses...*, préc., p. 62.

<sup>3</sup> « Ockham pense toujours à une conception mentale comme à un terme logique, qui, au lieu d'exister sur le papier ou dans la voix, se trouve dans l'esprit, mais est de la même nature générale, à savoir un *signe*. La conception et le mot diffèrent sous deux rapports : premièrement, un mot est arbitrairement imposé, tandis qu'une conception est un signe naturel ; en second lieu, un mot ne signifie tout ce qu'il signifie qu'indirectement, à travers la conception qui signifie la même chose directement » (C.S. Peirce, « Compte rendu de l'édition Fraser de l'œuvre de George Berkeley », dans *Pragmatisme et pragmaticisme*, préc., p. 147).

<sup>4</sup> C. Panaccio, *Les mots, les concepts et les choses : la sémantique de Guillaume d'Occam et le nominalisme d'aujourd'hui*, Paris, Bellarmin-Vrin, 1992, p. 73 cité par C. Tiercelin, préc., chap.1, § 41.

<sup>5</sup> Cf. en ce sens les développements denses de T. Dubourg sur le « concept-carte », dans sa thèse de doctorat en droit sur *L'apport du contrôle concret dans la protection des droits et libertés*, UT1, à paraître. Sans oublier, bien sûr, que la carte n'est pas le territoire, et que l'analyse du réel n'est pas le réel lui-même (J. Benoist, « La carte et le territoire » dans *Cartographier. Regards croisés sur les pratiques littéraires et philosophiques contemporaines* I. Ost (dir.), Bruxelles, Presses de L'Université Saint-Louis, 2018, pp. 51-67 ; Cf. égal. à propos des concepts en tant que *normes cognitives*, R. Ponsard, « De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit. Fabriquer consciemment des instruments d'analyse scientifiquement autonomes, ajustés et visionnaires », *RFDC*, 2019/4, n° 120, pp. 797-824).

A. *Un concept qui signifie un raisonnement logique habituel au sein de la communauté d'interprétation de la fondamentalité*

31. On sait à présent que l'abus de droit fondamental est une notion positive au sein du langage juridique. Elle caractérise certaines situations pour lesquelles se déploient des conséquences juridiques spécifiques, autrement dit, un régime juridique. Le droit est donc déjà pourvu, en sous-œuvre, d'un concept de l'abus de droit fondamental. Bien sûr, cette étude n'invente rien. Au mieux elle spécifie, elle affine, et pour cela elle fait des choix. En l'occurrence, si elle prend au sérieux le droit positif, son langage et sa dynamique discursive, l'étude conceptuelle s'élève par-delà les mots du droit pour s'inscrire dans *l'action et la pensée juridiques*. À l'évidence, une telle étude se conçoit et se communique par le biais du langage, mais la signification du concept lui-même ne se confond pas avec celle du mot correspondant, du « mot-concept »<sup>1</sup>. La recherche conceptuelle est localisée autant dans *l'a priori* que dans *l'a posteriori* de la production normative, et se situe logiquement dans l'espace de constitution mutuelle de la norme et de la connaissance juridiques. En réalité, à l'image d'une recherche expérimentale<sup>2</sup>, le phénomène juridique lui-même est une enquête de la signification où le fait et l'idée collaborent.

32. La signification du concept de l'abus de droit fondamental sera pour nous le résultat de la recherche. Il faut dire, dès avant, que la démarche ne consistera pas à dégager une définition de type statique ou critérielle, mais intégrera, au contraire, la dimension pragmatique du droit en tant que système d'action. C'est une réalité complexe qu'il faudra saisir<sup>3</sup>. Nous partons à la recherche d'une *connaissance des formes et des relations*<sup>4</sup> de la pensée juridique, un ensemble lié de pratiques, de méthodes, de conceptions incidentes, de raisonnements au sein de la communauté d'interprétation. Pour cela, la méthode pragmatiste déploie un raisonnement logique spécifique : l'abduction. À la différence de l'induction, l'abduction est une démarche qui *va vers* l'hypothèse, et non qui est déduite à partir d'elle<sup>5</sup>. L'observation du droit positif

---

<sup>1</sup> M. Carpentier, « Controverses sur la "nature" du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie*, 2018, n° 9-2 : Joseph Raz, p. 103.

<sup>2</sup> H. Bergson, *La pensée et le mouvant. Essais et conférence*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1934, pp. 252 et s.

<sup>3</sup> Concept qui se dit begriff en allemand (greifen : saisir).

<sup>4</sup> C. Tiercelin, *Le ciment des choses...*, préc., p. 107.

<sup>5</sup> C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 59. « Quand un phénomène se présente qui ne peut être expliqué par aucun principe fourni par l'expérience, nous nous sentons insatisfaits et mal à l'aise ; c'est pourquoi on fait un effort pour découvrir une cause susceptible, au moins provisoirement, de rendre compte du phénomène en question ; et cette cause est finalement reconnue comme valide et vraie, si, grâce à elle, le phénomène donné se trouve recevoir une explication complète et parfaite. Le jugement dans lequel on renvoie un phénomène à une



n'informe que sur les conséquences de l'action conceptuelle, le concept agissant comme une *norme essentielle* du discours, *soutenant l'espace et les phénomènes*<sup>1</sup> juridiques. En effet, « le droit ne peut constituer un ensemble systémique et rationnel que s'il est sous-tendu par un réseau de concepts qui lui donne son organisation intellectuelle »<sup>2</sup>. En prenant le concept pour objet, il est nécessaire de remonter aux causes des phénomènes observés. Ainsi, il faut produire des inférences hypothétiques, non directement observables. Plus encore, le concept lui-même ne signifie pas uniquement le réel observable, il signifie aussi *le possible dans le réel*<sup>3</sup>. Un réel juridique de potentialités sociales accessibles et de contingences intelligibles. La démarche abductive est, dès lors, résolument faillibiliste. En même temps, elle est la seule à même d'introduire des idées nouvelles à propos des droits fondamentaux<sup>4</sup>. Toute démarche scientifique dépendant d'un cadre théorique antérieur, ces inférences seront élaborées eu égard aux connaissances déjà produites sur le phénomène juridique, aux choix méthodologiques opérés, et, en dernière analyse, à la conception du droit adoptée. *In fine*, le concept de l'abus de droit fondamental envisagé pour ce travail est une proposition de connaissance qui présente les traits d'une hypothèse générale.

**33.** La démarche abductive est aussi une affirmation de liberté dans la recherche, une « liberté où nous sommes du choix global d'une perspective sur ce que signifie notre expérience »<sup>5</sup>. Cependant, l'abduction en droit peut avoir pour principal défaut de venir

---

cause problématique de ce genre est appelé hypothèse » (Sir W. Hamilton, *Lectures on Logic* (éd. américaine), p. 449 cité par C.S. Peirce, « Quelques conséquences de quatre incapacités », préc., p. 46). Cf. égal. « Abduction », *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], 28 avril 2017.

<sup>1</sup> G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective* (1934), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 5<sup>e</sup> éd., 1967, p. 7 « Tôt ou tard, dans la plupart des domaines, on est forcé de constater que cette première représentation géométrique, fondée sur un réalisme naïf des propriétés spatiales, implique des convenances plus cachées, des lois topologiques moins nettement solidaires des relations métriques immédiatement apparentes, bref des liens essentiels plus profonds que les liens de la représentation géométrique familière. On sent peu à peu le besoin de travailler sous l'espace, au niveau des relations essentielles, qui soutiennent l'espace et les phénomènes ».

<sup>2</sup> J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2018, § 60.

<sup>3</sup> « En vérité, seule une analyse en termes probabilistes des causes permet de rendre compte des phénomènes intrinsèquement complexes » (C. Tiercelin, *Le ciment des choses...*, préc., p. 25).

<sup>4</sup> L'induction « commence par une théorie et elle mesure le degré d'accord de cette théorie avec le fait. Elle ne peut jamais être à l'origine de la moindre idée. La déduction pas davantage. Toutes les idées de la science lui viennent par le biais de l'Abduction. L'abduction consiste à étudier les faits et à concevoir une théorie pour les expliquer. Sa seule justification est que, si nous voulons jamais comprendre en quoi que ce soit les choses, ce doit être de cette manière » (C.S. Peirce, « Les trois sciences normatives », dans *Pragmatisme...*, préc., pp. 380-381). « La Déduction prouve que quelque chose *doit* être, l'Induction montre que quelque chose est *effectivement* opérant. L'Abduction suggère simplement que quelque chose *peut être* » (*Ibid.*, p. 401).

<sup>5</sup> G.-G. Granger, *Pour la connaissance philosophique*, Paris, Odile Jacob, 1988, p. 20 cité par J. Bouveresse, « Philosophie du langage et de la connaissance », préc.

encombrer le phénomène juridique avec de nouveaux concepts, ce qui conduit souvent à complexifier l'objet d'étude plutôt que de le clarifier. Gare, en la matière, au surplus de signification. Or, le droit positif est déjà pourvu d'un concept de l'abus de droit fondamental. Encore une fois, la présente recherche aspire seulement à en éclairer les implications normatives et cognitives. Il faudra, pour cela, mettre la conception proposée à l'épreuve du réel juridique, c'est-à-dire établir en quoi certains phénomènes du droit ont pour cause l'action conceptuelle de l'abus de droit fondamental. Ce sera alors le temps de l'induction pragmatiste<sup>1</sup>, et du grand rapprochement entre les phénomènes juridiques observables et l'action conceptuelle envisagée. Plus loin, l'étude ne se privera pas d'une dimension prospective, qui envisage la façon dont une utilisation correcte du concept hypothétique peut être intéressante pour la normativité juridique. Il ne s'agit que de propositions de connaissance, conformément à la constitution mutuelle des dimensions normatives et cognitives au sein du phénomène juridique.

**34.** La méthode pragmatiste appréhende explicitement les dispositions normatives de l'abus de droit fondamental. Le concept envisagé entretiendra une généralité indépassable, irréductiblement vague, mais non moins rationnelle et circonscrite, loin d'être indécise. Simplement, ce travail devra restituer une structure logique formelle et immuable qui puisse rendre le concept compréhensif et opératoire. L'abus de droit est de ces concepts communs qui constituent des *objectivations de formes logiques*<sup>2</sup>. Une objectivation qui doit être suffisamment maniable pour être fonctionnelle et suffisamment stable pour être communicable. La valeur heuristique d'une telle conception, en droit, repose effectivement sur sa capacité à prédire les phénomènes juridiques qui en constituent l'objet. En l'occurrence, il s'agira de s'intéresser aux dispositions à agir des membres de la communauté d'interprétation du discours de la fondamentalité qui paraissent être impliquées par le concept de l'abus de droit. L'œuvre conceptuelle aura la nature d'un raisonnement logique, et ne se réduit pas à la seule psychologie des interprètes. Dans sa compréhension la plus réduite, et pour l'instant peu éclairante, le concept de l'abus de droit fondamental désignera le phénomène discursif de contextualisation juridique d'une prétention factuelle litigieuse à la validité d'un droit fondamental. Autrement dit, le concept de l'abus de droit fondamental opère comme un contrôle pragmatique de l'usage problématique du droit allégué. La validité étant entendue ici au sens de conformité au discours

---

<sup>1</sup> « Le nom d'hypothèse est avant tout donné à des suppositions provisoires qui servent à expliquer les phénomènes tels qu'ils sont observés, mais qui ne sont affirmées comme vraies que si elles sont finalement confirmées par une induction complète (Sir W. Hamilton, *Lectures on Logic*, préc., p. 364).

<sup>2</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 3, § 404 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signe*, préc., chap. 1, § 8.

de la fondamentalité, produisant, en cela, des effets juridiques<sup>1</sup>. Selon la perspective pragmatiste ici adoptée, cette validité peut même être envisagée comme une forme de vérité *du point de vue* du discours juridique, en tant qu'elle ferait, à terme, consensus au sein de la communauté d'interprétation. Ce n'est pas anodin lorsque, en vue d'esquisser une théorie juridique de la démocratie, on reconnaît à la communauté d'interprétation du discours de la fondamentalité les ressources d'une communauté politique. Quoi qu'il en soit, cette composition conceptuelle sera satisfaisante si, à la fin, elle fixe des croyances stables, rationnelles et éprouvées sur son objet.

**35.** Conformément à la constitution mutuelle de la norme et de la connaissance en droit, l'hypothèse générale formulée à travers la conception de l'abus de droit fondamental ne se contente pas de décrire une logique normative. Ancré dans la pensée juridique – ou la cognition du discours – le concept porte aussi une connaissance réflexive sur le phénomène juridique lui-même. L'abus de droit fondamental constitue ainsi un accès privilégié à la compréhension de la fondamentalité.

### *B. Un concept significatif du phénomène de la fondamentalité*

**36.** Le concept de l'abus de droit est susceptible de révéler sa puissance évocatrice à propos du phénomène de la fondamentalité. À condition, toutefois, que l'intérêt heuristique de la démarche (2) soit appréhendé avec toutes les précautions dues à la modestie épistémique (1).

#### *1) Une nécessaire modestie épistémique*

**37.** Malgré elle, la recherche pourra apparaître immodeste<sup>2</sup>, tant elle prétend déduire d'une étude conceptuelle particulière des considérations générales à propos du discours de la fondamentalité. Il est vrai que le danger avec l'abduction est la conceptualisation uniquement

---

<sup>1</sup> « The best route to the understanding of “legally valid” is by attending to the fact that it is used interchangeably with “legally binding”. A valid rule is one which has normative effects. A legally valid rule is one which has legal effects » (J. Raz, « Legal Validity », *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* (vol. 63), 1977, n° 3, p. 342). Une lecture en quelque sorte pragmatiste du concept de validité juridique (*supra*. § 19).

<sup>2</sup> Réf. à F. Jackson, *From Metaphysics to Ethics. A defense of Conceptual Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1998 cité par M. Carpentier, « Controverses sur la “nature” du droit... », préc., p. 129. Spécifiquement, selon B. Leiter, « une théorie du droit qui emploie l'analyse conceptuelle pour délivrer des vérités nécessaires et éclairer des propriétés essentielles mobiliserait clairement une analyse conceptuelle dans sa forme immodeste » (« Beyond the Hart-Dworkin Problem: The Methodology Debate in Jurisprudence », *American Journal of Jurisprudence*, n° 48, 2003, p. 46 cité par *ibid.*, p. 132).

légitimatrice de la démarche adoptée, selon une certaine fatalité méthodologique<sup>1</sup>. Aussi, faut-il se méfier de voir partout l'abus de droit, lorsque l'étude par trop spécialisée risque d'étendre à l'infini l'objet mythique qu'elle finit elle-même par élaborer<sup>2</sup>. Il est, par ailleurs, d'autres lectures du phénomène de la fundamentalité, non déterminées par le prisme fonctionnel de l'abus de droit, qui présentent des propriétés heuristiques *a minima* aussi pertinentes que celles identifiées pour ce travail. Convaincu par ce qui est stipulé, l'observateur engagé est tenté de créer ce à quoi il adhère et d'adhérer à ce qu'il a créé. Au risque de ne plus voir, à travers le concept-objet, que la réalité déformée. C'est pourquoi, et à tout le moins, doit être strictement délimitée la portée épistémique du résultat obtenu. D'abord, cette thèse ne porte pas sur le phénomène juridique en général, mais sur celui de la fundamentalité. Elle a donc pour objet d'étude un discours particulièrement vague, à la forte matérialité axiologique. Un discours spécifiquement appréhendé dans sa dimension contentieuse, au sein du processus normatif concret, là où il révèle au mieux le concept-objet. Ce prisme doublement déformant doit inviter à la plus grande modestie quant à la représentation du droit avancée, notre discours de connaissance n'ayant pas la vue d'ensemble pour prétendre formuler une théorie sectorielle des droits fondamentaux ni, bien entendu, une science du droit positif.

**38.** Par ailleurs, et comme tout concept objet de l'entendement, l'abus de droit fondamental n'est pas voué au repos *du paradis immuable*<sup>3</sup>. Au contraire, il est susceptible d'évoluer et de connaître, à son tour, *son interprétant*<sup>4</sup>. L'histoire d'un concept est celle « de ses divers champs de constitution et de validité, celle de ses règles successives d'usage, des milieux théoriques multiples où s'est poursuivie et achevée son élaboration »<sup>5</sup>. Simplement, la conception envisagée de l'abus de droit fondamental est une expérience située de la fundamentalité, soumise à contradiction. Un outil de connaissance<sup>6</sup>, produit d'une enquête

---

<sup>1</sup> Réf. à G. Bachelard cité par V. Farray, S. Pimont, *Décrire le Droit... Et le transformer. Essai sur la déécriture du Droit*, Paris, Dalloz, 2017, p. 74.

<sup>2</sup> M. Heidegger ne préjugait-il pas que « la science n'atteint jamais que ce que son mode propre de représentation a admis d'avance comme objet possible pour lui » ? (*Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1958, p. 200). Le spectre sceptique, s'il ne doit être suivi, incite utilement à la vigilance de l'état d'esprit faillibiliste qui sait pouvoir *corriger* ses outils d'analyses du réel.

<sup>3</sup> B. Chenot, « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, 3<sup>e</sup> année, n° 1, 1953, p. 58.

<sup>4</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol. 5 § 491 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signé*, chap. 4, § 51.

<sup>5</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., p. 11.

<sup>6</sup> « The entire history of scientific endeavour appears to show that in our world comprehensive, simple and dependable principles for the explanation and prediction of observable phenomena cannot be obtained by merely summarizing and inductively generalizing observational findings... Guided by his knowledge of observational data, the scientist has to invent a set of concepts – theoretical constructs, which lack immediate experimental significance, a system of hypotheses couched in terms of them, and an interpretation for the resulting theoretical

faillible sur un réel social mouvant, mais qui assume pleinement, et en tout état de cause, son engagement ontologique<sup>1</sup>.

39. L'hypothèse avancée peut aussi être critiquée en ce qu'elle reste tributaire du droit positif français, plus éventuellement celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Convenons qu'il peut être fait la critique strictement inverse, et donc contradictoire, celle d'un concept idéal et spéculatif, déconnecté de la pratique juridique. Le fait que le concept ait été élaboré en lien étroit avec le discours juridique positif nous semble, au contraire, fonder son utilité cognitive et normative en droit. De plus, les choix méthodologiques adoptés au stade de la spécification conceptuelle ont vocation à faire de l'abus de droit un concept général dont l'œuvre formalisée est opératoire et compréhensive dans le champ des droits fondamentaux. Autrement dit, le concept objet de cette recherche cristallise un modèle logique de raisonnement qui est à l'œuvre au sein d'une communauté d'interprétation sans frontière. Par ailleurs, l'univers discursif de la fundamentalité a tendance à transcender concrètement les ordres juridiques en Europe et au-delà, en vertu, notamment, de l'action résolue des interprètes régionaux et internationaux spécialisés dans la protection des droits de l'homme. Ainsi, le phénomène juridique en général, et le concept de l'abus de droit en particulier, dialoguent entre eux, comme un tout intégré dans la partie.

## 2) *La prétention d'un intérêt heuristique*

40. Le concept de l'abus de droit fondamental ne délivre pas seulement un message normatif *en droit*. Il porte également des enseignements précieux *sur le droit*. La réflexivité particulière du concept épouse, en cela, la réflexivité générale du discours dans lequel il s'inscrit. Si bien qu'un concept réflexif en droit est un moteur discursif qui tourne rond. Ce que l'on cherche ici, c'est le « pouvoir explicatif réel »<sup>2</sup> du concept de l'abus de droit fondamental, sa capacité à mettre en ordre les structures de l'entendement du phénomène de la fundamentalité.

---

network » (C.G. Hempel, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, The University of Chicago Press, 1952, pp. 36-37).

<sup>1</sup> Cf. not. R. Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016, n° 2015/31, p. 42.

<sup>2</sup> W.V. Quine, « On What There Is », *From a Logical Point of View. Nine Logico-Philosophical Essays*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, Harvard University Press, 1964, p. 10 cité par G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, préc., p. 39.

41. Parce que le concept de l'abus de droit est le *procès fait à un acte*, cette étude s'intéressa tout particulièrement au processus normatif concret, là où certains *faits litigieux* sont susceptibles de constituer, selon l'appréciation d'un interprète authentique, des abus de droit. En cet espace de la concrétisation normative, il s'agira de montrer que *le destinataire des normes juridiques formule, à travers son acte litigieux, une prétention à la validité juridique*. En l'occurrence, pour cette étude, le matériau sera précisément formé des *prétentions litigieuses à exercer des droits fondamentaux*. Le concept de l'abus se positionne justement dans ce passage complexe du fait au droit, et intime, par-là même, à ne pas confondre les deux. Or, on l'a dit, en prenant pour objet *la validité des usages d'un droit*, le concept se prononce directement, d'un point de vue pragmatiste, sur *la signification* même des droits fondamentaux. Il agit, au sein du processus normatif concret, comme une *police de la signification*. Ce que commandent, par ailleurs, les sources textuelles de droits fondamentaux en formulant, à travers la notion de l'abus de droit, une authentique *directive d'interprétation*<sup>1</sup>. Il n'en fallait pas plus pour que certains auteurs voient dans le concept de l'abus un *principe général du droit*<sup>2</sup>.

42. Il s'avère plus loin que, par ses prétentions factuelles à l'usage valide d'un droit fondamental, le destinataire des normes juridique produit *a minima* de la connaissance à propos de la signification de tels droits. Et pour cause, la signification de toute chose, égale par ailleurs, ne s'affirme-t-elle pas spécialement lorsqu'elle est transgressée ? Concrètement, l'interprète authentique, devant la prétention factuelle litigieuse, joue un rôle d'aiguilleur – ou de police de la signification : il juge si cette proposition d'usage d'un droit fondamental est valide ou si elle ne l'est pas, ce qui équivaut à dire, pragmatiquement, qu'il décide *contextuellement si cet usage est significatif* d'un droit fondamental ou s'il ne l'est pas. Dans tous les cas, la prétention factuelle litigieuse informera sur la signification du droit, à savoir ce qui constitue, ou non, le droit invoqué. On voit bien comment le concept de l'abus de droit oriente l'enjeu de la signification des droits fondamentaux vers l'action du destinataire, si bien que cette recherche démontrera, qu'en droit, *faire c'est dire*.

---

<sup>1</sup> L'article 17 de la Convention EDH intitulé « Interdiction de l'abus de droit » reprend la même formulation que la plupart des déclarations internationales de droits en la matière : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou 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 » (nous soulignons). De manière plus explicite encore, la Convention ADH reprend sensiblement la même formulation en son article 29, intitulé « Normes d'interprétation ».

<sup>2</sup> J.-F. Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1992, p. 468.

43. Ce n'est pas tout. Alors que nous avons reconnu la constitution mutuelle des dimensions cognitives et normatives au sein du discours juridique en général, et de celui de la fondamentalité en particulier, il faudra strictement délimiter l'œuvre du destinataire des droits fondamentaux dans l'élaboration de la norme juridique concrète. Ce qui ne doit pas nous étonner, l'individu produit de la norme sociale envers les autres ou envers lui-même, celle-ci se meut parfois en norme juridique, sous son impulsion, mais seulement après la traduction juridique opérée par un interprète authentique. L'impulsion normative individuelle en matière de droits fondamentaux, révélée par le concept de l'abus de droit, met en lumière une forme de *connaissance pratique* initiée par le destinataire des normes et qui ne mérite pas d'être délaissée par les analyses théoriques sur le droit.

44. Enfin, si la signification des droits fondamentaux est ouverte aux faits individuels, alors non seulement elle n'est pas absolument fixée, contrairement à ce que laisse supposer une appréhension première de *la notion* de l'abus de droit fondamental, mais elle concède en plus au destinataire des normes la possibilité de participer à la constitution du fondement même de l'ordre juridique – si toutefois l'on consent à la thèse selon laquelle le discours de la fondamentalité est positionné au fondement du droit positif. Tout cela devra évidemment être dûment éclairci. Il n'en reste pas moins que le concept de l'abus met en lumière de manière privilégiée cette place du *possible* au sein de la signification en droit. Une telle considération n'est pas sans intérêt pour les théoriciens de la démocratie, puisque les droits fondamentaux formulent des promesses d'autodétermination, « des possibilités de survenance de choses humaines »<sup>1</sup>. Aussi, la présente étude, ancrée dans la discipline juridique, s'est déployée partout où elle croyait nécessaire l'accomplissement de son idée fondamentale.

---

<sup>1</sup> P. Amselek, « La phénoménologie et le droit », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, publié avec le concours du CNRS, 1972, p. 228.

### C. Un concept aux implications fécondes pour une lecture juridique de la démocratie

45. À l'évidence, il ne faut pas exagérer l'indétermination des droits fondamentaux. Celle-ci est marginale et n'altère pas l'efficacité du discours juridique. Elle n'en reste pas moins irréductible. Or, ce résidu de vague indomptable dans la signification des droits fondamentaux, par lequel s'épanouit le concept de l'abus de droit, n'est-il pas le sous-œuvre de nos sociétés démocratiques contemporaines ? L'émancipation politique, individuelle et collective, ne se logerait-elle pas, aussi, dans le processus juridique de signification des droits fondamentaux ? Ainsi, l'ambition de l'étude s'étendra impétueusement jusqu'aux plus humbles réflexions sur la démocratie, pour lesquelles le juriste est effectivement amené à faire preuve de grande modestie.

46. Pour autant, en cet univers de la fundamentalité, la démarche cognitive qui prend pour objet le concept de l'abus de droit ne peut s'achever décemment sans rencontrer, même très brièvement, les théories démocratiques. Aux côtés des postures relativiste, sceptique, voire anti-intellectualiste<sup>1</sup>, le concept de l'abus de droit est en mesure d'esquisser les contours d'une théorie juridique et réaliste de la démocratie, ou, moins prétentieusement, d'orienter certains enjeux démocratiques vers la dynamique discursive de la fundamentalité. Au cœur de l'empirisme des droits fondamentaux, le concept objet de cette recherche dévoilera, d'abord à l'échelle individuelle, les conditions de l'agir politique par l'usage des droits, lesquels jouent le rôle de *réfèrent structurel à la communicabilité sociale de l'action*. Ensuite, à l'échelle de la communauté d'interprétation du discours, le concept de l'abus éclairera *le processus délibératif et épistémique de signification des droits fondamentaux*, au sein duquel se dessine, sur le mode de l'enquête, l'horizon des sens démocratique.

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, « (1) Pars construens : ce que pourrait être le concept de vérité (suite et fin) (2) Le concept de démocratie : aspects historiques », *Cours au Collège de France* [en ligne], 22 mars 2017.



#### IV. Le plan de l'étude

47. On l'aura compris, c'est en pragmatiste résolu que nous nous orientons à présent vers l'étude juridique du concept de l'abus de droit fondamental. À la recherche, derrière le mot du droit, des réalités discursives structurelles autant que des potentialités individuelles initiatrices. Comme tout discours de connaissance, cette *enquête* formulera une tentative de compréhension puis d'explication. La compréhension de ce qu'est *réellement* l'abus de droit fondamental (partie I), d'après une démarche abductive (titre 2) appliquée au champ de la fondamentalité (titre 1). Puis, l'explication de l'intérêt de ce concept pour le phénomène des droits fondamentaux lui-même (partie II), autant par ce qu'il y prescrit (titre 3) que par ce qu'il en révèle (titre 4).

## Partie 1. L'identification du concept de l'abus de droit au sein du discours de la fundamentalité

48. L'abus de droit fondamental est un concept juridique. Une lecture du droit en tant que complexe discursifs situe logiquement ce concept au sein d'un discours. Par suite, la spécification du discours précède la localisation du concept. Or, le phénomène de la fundamentalité est un discours à part entière au sein de l'ordre juridique, source de bien des réflexions doctrinales et d'agitations théoriques, qui, selon les présupposés de ses contemplateurs, « fleurit ou forçit »<sup>1</sup>. L'identification du discours de la fundamentalité est donc un préalable nécessaire en tant que champ énonciatif de notre concept-objet (titre 1). Simplement, afin d'étudier le concept de l'abus de droit fondamental *stricto sensu*, encore faut-il partir d'une définition de la fundamentalité.

49. Après avoir identifié le bassin, il faudra localiser le poisson. L'enquête pragmatiste usera de son raisonnement caractéristique – l'abduction – pour appréhender, à partir du droit positif puis par inférences hypothétiques, l'objet réel du concept de l'abus de droit fondamental. Autrement dit, il s'agira de comprendre en quoi consiste *réellement* le concept de l'abus de droit au sein de *la communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité* (titre 2). Le concept de discours permet justement de faire le lien entre les énoncés de droits fondamentaux et les pratiques sociales de leur communauté d'interprétation. Le discours ne se réduit donc pas au langage, mais désigne plutôt un système complet de production de sens qui lie ensemble les mots, les concepts et les choses.

---

<sup>1</sup> J.-M. Sauvé, « Y a-t-il trop de droits fondamentaux ? », *Conférence prononcée lors de la Rentrée solennelle de la Faculté de droit de Montpellier [Conseil d'État.fr, en ligne]*, 18 sept. 2012.

## **Titre 1. Le champ énonciatif du concept de l'abus de droit fondamental : le discours de la fundamentalité**

50. Le concept de l'abus de droit fondamental agit au sein du discours de la fundamentalité. Il est un raisonnement caractéristique pour la communauté d'interprétation de ce discours. L'assimilation du phénomène de la fundamentalité à un discours est une démarche réductionniste assumée<sup>1</sup>, qui tente de clarifier certaines controverses à propos du concept, voire de la nature des droits fondamentaux. En réduisant le phénomène des droits fondamentaux à un discours, « nous réduisons la complexité du flot de nos expériences à une simplicité conceptuelle maniable »<sup>2</sup>. Cette clarification prétendue est bien sûr indispensable à la compréhension de notre concept-objet, lequel renferme la logique du discours dans lequel il s'inscrit.

51. L'appréhension de la fundamentalité en tant que discours est l'étude d'une communauté d'interprétation qui parle un même langage<sup>3</sup>, s'appuie sur une dogmatique commune, use de concepts et de méthodes similaires, se réfère à un cadre de référence axiologique partagé. Cette structure de la fundamentalité en tant que discours juridique (chapitre 2) est elle-même bâtie sur un autre discours, son infrastructure disons, qui constitue le cadre de référence axiologique des droits fondamentaux, et qui désigne généralement un système de pensées localisable dans le temps et dans l'espace : la philosophie des droits de l'homme (chapitre 1). Le concept de l'abus de droit fondamental est lié par la logique infrastructurelle et structurelle du discours de la fundamentalité.

---

<sup>1</sup> « La réduction, au sens où le mot est employé ici, est l'explication d'une théorie ou d'un ensemble de lois expérimentales établies en un domaine de recherche, par une théorie qui a été formulée, habituellement mais pas invariablement, pour un autre domaine » (E. Nagel, *The Structure of Science*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1961, p. 338, trad. de C. Tiercelin, *Le ciment des choses*, préc., p. 157). En l'occurrence, les présupposés théoriques à propos du concept de discours ne s'adressaient pas initialement et nécessairement au domaine juridique.

<sup>2</sup> W.V. Quine, *From a Logical Point of View. Nine Logico-Philosophical Essays*, 2<sup>nd</sup> ed. revised, Cambridge, Harvard UP, 1964, p. 15 cité par G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641 (§ 3).

<sup>3</sup> Cette « idée que le droit peut être compris comme une activité essentiellement linguistique, consistant en discours proférés par des êtres humains mus par leurs passions et leurs intérêts, et à travers lesquels s'exerce la direction des conduites humaines, c'est à dire un pouvoir » (G. Tusseau, préc., § 32, *nous soulignons*). Un des enjeux de la recherche, sans doute d'une prétention démesurée, sera toutefois de montrer que la fundamentalité, en tant que discours, est un phénomène réel qui dépasse le cadre linguistique pour transcender, en fait : le langage, la pensée et l'action.

## Chapitre 1. L'infrastructure du discours de la fundamentalité : les raisons du concept de l'abus de droit fondamental

« *Le temps de la vérité est le temps des récits, et, pour le droit et la politique, des méta-récits fondateurs* »<sup>1</sup>.

52. L'expression « droits fondamentaux » est celle prioritairement utilisée par les interprètes du discours juridique à l'échelle européenne pour nommer certains droits particulièrement protégés. On sait qu'elle est une notion récemment importée en France, en provenance d'Allemagne notamment, où les droits sont garantis au plus haut niveau de l'ordre juridique et s'imposent à tous, personnes publiques comme personnes privées. Seulement, la réalité cachée derrière cette notion juridique est le produit d'une lente maturation de la pensée politique et philosophique<sup>2</sup>, laquelle peut être relativement circonscrite dans le temps, et dénommée pensée des droits de l'homme. Les droits de l'homme ont en fait leur propre discours, qui façonne la réalité à laquelle il s'applique. Ce discours à la fois moral, politique, philosophique et juridique rétroagit logiquement avec les mutations sociales qu'il prend pour objet. À vrai dire, il y a de la vie dans ce discours<sup>3</sup>, l'imaginaire des droits de l'homme s'est ancré dans les pratiques sociales de la communauté européenne, et avec lui les enjeux axiologiques de la fundamentalité. En somme, la fundamentalité a une histoire qui fait de ce discours ce qu'il est. Il s'agit à présent d'entrevoir cette histoire, pour situer quelque peu le discours.

53. Il va sans dire que le propos ne vise ici, en aucun cas, l'exhaustivité. La présentation à suivre de la cartographie historique des droits de l'homme sera élémentaire, à un point tel qu'elle pourra apparaître contestable. Il faut dire qu'elle a seulement pour fonction de localiser

---

<sup>1</sup> P. Ferreira Da Cunha, *Droit et récit*, 2003, Dikè, p. 26.

<sup>2</sup> D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Repères, 4<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 3.

<sup>3</sup> E. Dubout, S. Touzé, « Les critiques des droits de l'homme et le droit », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques*, Éditions A. Pedone, 2019, p. 16. Afin de décrire le plus objectivement possible cette « vie » du discours, et sa construction à travers le temps, notamment par les déclarations de droits, l'expression *droits de l'homme* sera utilisée, et non celles de *droits humains* héritée de la langue anglaise ou de *droits de la personne* utilisée au Canada et qui se défait difficilement d'une connotation religieuse. L'expression est *en soi* le signe de l'objet à commenter, ce sur quoi porte le discours de connaissance. Il va sans dire qu'elle reflète en même temps un enjeu de pouvoir, particulièrement du point de vue du genre, devant lequel il ne faudrait pas être naïf. D'ailleurs, deux ans après la DDHC, Olympe de Gouges adressa à Marie-Antoinette une Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. Elle dénonçait par là le caractère faussement universaliste de la Déclaration de 1789, notamment l'exclusion des femmes de la citoyenneté et des droits s'y attachant.

quelque peu le discours de la fundamentalité dans un espace-temps philosophique et politique. Prétendre restituer l'ensemble des influences du discours des droits fondamentaux serait de toute façon une promesse bien naïve, et supposerait une réflexivité idéale de notre propre discours de connaissance. Ce n'est pas en outre, et heureusement, l'objet de cette thèse. La formation discursive de la fundamentalité s'entend ici selon une perspective archéologique<sup>1</sup>, ce qu'il y a en dessous du discours, son infrastructure conceptuelle et historique, ce que le discours veut, au départ, nous faire comprendre<sup>2</sup>, et pourquoi il veut nous le faire comprendre. L'infrastructure du discours des droits fondamentaux nous engage de fait sur le chemin tortueux du cognitivisme de son essence originelle. Ce chemin dévoilera implicitement certaines des raisons axiologiques qui ont présidé à l'élaboration du concept de l'abus de droit fondamental.

**54.** Il reste que la démarche archéologique ici à l'œuvre ne se calque pas sur une frise chronologique. La substruction du discours de la fundamentalité est au contraire envisagée comme une lutte des imaginaires, avec d'un côté le discours des droits de l'homme qui réussit à imposer ses représentations du monde à l'échelle occidentale (section 1), et de l'autre une critique virulente du monde ainsi institué (section 2) qui n'est pas dénuée d'influence sur le phénomène des droits fondamentaux. Le concept juridique de l'abus de droit fondamental, en particulier, se positionne de manière complexe au confluent de ces récits opposés.

---

<sup>1</sup> L'archéologie du savoir discursif « essaie de montrer comment l'autonomie du discours et sa spécificité ne lui donnent pas pour autant un statut de pure idéalité et de totale indépendance historique ; ce qu'elle veut mettre au jour, c'est ce niveau singulier où l'histoire peut donner lieu à des types définis de discours, qui ont eux-mêmes leur type propre d'historicité, et qui sont en relation avec tout un ensemble d'historicités diverses » (M. Foucault, *L'archéologie du savoir* (1969), Paris, Gallimard, 2008, p. 225).

<sup>2</sup> P. Ricœur, *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986, spéc. pp. 25 et s. ; pp. 174 et s.

## **Section 1. Du discours des droits de l'homme au concept de l'abus de droit fondamental : perspective généalogique et monde constitué**

*« Les Droits de l'homme ne peuvent être appliqués que s'ils deviennent le fondement pré-politique d'une nouvelle politique, la base pré-légale d'une nouvelle structure légale, le fondement préhistorique pour ainsi dire d'où l'histoire de l'humanité tirera sa signification essentielle, à l'instar des mythes d'origine fondamentale d'où la civilisation occidentale tirait sa propre signification »<sup>1</sup>.*

**55.** Le concept de discours nous paraît essentiel afin d'appréhender la complexité du phénomène des droits de l'homme. Certes, il s'agit là d'un concept vague, qui ne facilite pas l'exposé de ses potentialités signifiantes. Des philosophes affirmeraient que le discours a plus une histoire qu'une définition. Il n'en reste pas moins que de nombreux spécialistes de la matière ont justement perçu un langage<sup>2</sup>, une grammaire<sup>3</sup> des droits de l'homme. Les droits de l'homme sont à l'évidence des mots qui signifient des droits, mais ils sont davantage une philosophie, un univers conceptuel, une pensée politique ; ils sont des logiques, des valeurs, des normes, des combats, des histoires, des idéaux, des consensus... Alors, il n'est pas aisé de faire la part des choses au sein de cette nébuleuse discursive, d'autant plus lorsqu'un certain positivisme juridique entend la négliger et la réduire à une conception bien étroite de la normativité, articulée autour des déclarations de droits.

**56.** Il est vrai que le discours des droits de l'homme se trouve, par moments historiques, figé dans de telles déclarations. Elles en révèlent, dans un contexte social donné, la substance et la rhétorique. Une substance axiologique riche, si bien que les déclarations de droits peuvent être étudiées comme ces représentations collectives qui constituent l'identité d'une société, qui en forment le monde partagé. Elles sont, pour E. De Jonge, « l'expression linguistique des fondements éthiques, politiques et philosophiques d'une société particulière à une époque donnée »<sup>4</sup>. Pour autant, si le discours des droits de l'homme s'incarne dans les déclarations de droits, il ne s'y réduit pas non plus. De nouveaux droits surgissent après les déclarations, qui

---

<sup>1</sup> H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. Eichmann à Jérusalem* (1951), Paris, Gallimard, 2002, p. 873 citée par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, p. 379.

<sup>2</sup> S. Hennette Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., p. 5.

<sup>3</sup> X. Dupré De Boulois, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, p. 19.

<sup>4</sup> E. De Jonge, « la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique » (Les droits de l'Homme en discours), *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 4/2010, § 1.

pourront faire l'objet de nouvelles proclamations, d'autres ont pu se manifester avant d'être explicitement reconnus, mais c'est surtout la discussion des valeurs et de leurs raisons, au sein d'une communauté d'interprétation, qui fait de ce discours un processus continu. Pour comprendre comment ce processus historique structure aujourd'hui la fundamentalité, et donc le concept de l'abus de droit fondamental, il faut distinguer l'affirmation du discours des droits de l'homme depuis l'origine (§ 1) et le tournant décisif qu'a constitué la Seconde Guerre mondiale (§ 2).

## § 1. L'affirmation historique du discours des droits de l'homme

57. Cet aperçu de la généalogie des droits de l'homme nous emmènera des inspirations politiques, philosophiques et religieuses en des temps liés (A) jusqu'à l'instant révolutionnaire (B). De cette description historique, quelque peu statique, il ne faudra pas omettre ce qui rend vivant le discours, la réalité qui s'agite sous les catégories juridiques. Aussi, « l'histoire des droits de l'homme n'est ni l'histoire d'une marche triomphale ni celle d'une cause perdue d'avance : elle est l'histoire d'un combat »<sup>1</sup> (C). Derrière le formalisme du droit, les interprètes authentiques qui manient le concept de l'abus de droit fondamental animent aujourd'hui cette histoire.

### A. *Les temps liés du discours des droits de l'homme*

58. Il n'est pas le lieu ici de refaire la généalogie connue des droits de l'homme, mais enfin certaines influences déterminantes, et liées à travers le temps par le discours, doivent être évoquées. Aux origines du discours fut sans doute l'Antiquité gréco-romaine, qui a légué à la pensée des droits de l'homme la participation des citoyens aux lois qui les gouvernent, bien que la jouissance de droits politiques était étroitement liée à la citoyenneté, un statut social dont de nombreux individus étaient exclus. Certes, le stoïcisme évoquera les premières formes de dignité et de liberté de conscience, mais il n'en résultera aucune conséquence politique<sup>2</sup>. L'égalité ontologique entre tous les Hommes sera un apport essentiel de la tradition judéo-chrétienne, notamment parce que chaque être humain est envisagé comme ayant la même origine divine et voué à la même fin salutaire. Au-delà, l'Homme est créé à l'image de Dieu, et

---

<sup>1</sup> D. Lochak, préc., p. 120.

<sup>2</sup> S. Caporal, « Droits de l'homme, droits fondamentaux : histoire et concepts » (Notice 1) dans *Protection des libertés et droits fondamentaux* T. Renoux (dir.), La documentation française, 2<sup>e</sup> éd., 2011, p. 7.

« l'unicité de Dieu met tous les hommes à égalité devant lui »<sup>1</sup>. Les monothéismes juif et chrétien donnèrent toute leur considération à l'individu, seulement leur influence est ambivalente sur le discours des droits de l'homme. Si la promotion de l'individualisme et de la dignité de la personne humaine a été absolument décisive pour l'élaboration de sa philosophie, ils ne se déprennent pas complètement d'une conception « holiste » selon laquelle les droits sont hérités de Dieu et s'exercent en communauté. Certes, il faut rendre « à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu »<sup>2</sup>, mais la séparation fondamentale du spirituel et du temporel n'empêchera pas l'Église catholique de se montrer particulièrement rétive aux idéaux de la Révolution française<sup>3</sup>, lesquels exprimaient aussi l'émancipation vis-à-vis du religieux. L'Antiquité et la tradition judéo-chrétienne virent également l'élaboration de la doctrine du droit naturel objectif, dont la synthèse magistrale opérée par Thomas D'Aquin affermit l'idée d'un droit qui s'impose au pouvoir. Les théologiens de la Seconde scolastique, et en particulier l'école de Salamanque au moment de la controverse de Valladolid (1550), développèrent, eux, l'idée de droits naturels que les sujets tiennent directement de Dieu et qui limitent de fait le pouvoir monarchique<sup>4</sup>. Cette subjectivisation avait été annoncée par le nominalisme de Roscelin et d'Occam qui, stimulé par la « Querelle des Universaux »<sup>5</sup>, permit de penser le singulier contre les abstractions<sup>6</sup>. L'occamisme préfigurait effectivement la « révolution

---

<sup>1</sup> X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 5<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2018, p. 32.

<sup>2</sup> Marc, 12 : 17. Néanmoins, dans la pensée religieuse, le pouvoir fondamental vient de Dieu : « le roi est lieutenant de Jésus Christ au temporel, comme le sont au spirituel le Pape et les évêques ».

<sup>3</sup> « Mais cette conduite n'étonnera pas ceux qui observeront que l'effet nécessaire de la constitution décrétée par l'Assemblée est d'anéantir la religion catholique, et avec elle l'obéissance due aux rois. C'est dans cette vue qu'on établit, comme un droit de l'homme en société, cette liberté absolue, qui non-seulement assure le droit de n'être point inquiété sur ses opinions religieuses, mais qui accorde encore cette licence de penser, de dire, d'écrire et même de faire imprimer impunément en matière de religion tout ce que peut suggérer l'imagination la plus déréglée : droit monstrueux, qui paraît cependant à l'Assemblée résulter de l'égalité et de la liberté naturelles à tous les hommes. Mais que pouvait-il y avoir de plus insensé, que d'établir parmi les hommes cette égalité et cette liberté effrénée qui étouffe complètement la raison, le don le plus précieux que la nature ait fait à l'homme, et le seul qui le distingue des animaux » (Pie VI, *Bref Quod aliquantum*, 10 mars 1791 cité par M. Mathieu, *Histoire des droits de l'homme*, Cours UNJF [en ligne], cons. le 4 sept. 2020). Cette défiance a été renversée après la Seconde Guerre mondiale où une doctrine catholique des droits de l'homme s'est montrée plus élogieuse (cf. not. L. Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 31).

<sup>4</sup> F. De Smet, *Les droits de l'homme. Origines et aléas d'une idéologie moderne*, Paris, Le Cerf, 2001, 140 p.

<sup>5</sup> Le récit de la Querelle par C.S. Peirce, dans son « Compte rendu de l'édition Fraser de l'œuvre de George Berkeley » (*Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 133) est lumineux, en voici un extrait : « la distinction entre ces deux théories sur le réel [nominalisme et réalisme] – représentant celui-ci comme la source où vient s'alimenter la pensée humaine, pour l'une, et pour l'autre comme la forme immuable vers laquelle elle s'écoule – est la véritable pomme de discorde dans le problème des universaux » (p. 144).

<sup>6</sup> G. D'Occam, *Summa Logicae*, part. 1, chap. 14 : « On doit soutenir que tout universel est une chose singulière, et donc qu'il n'y a pas d'universel sauf par signification, c'est-à-dire, par le fait d'être le signe de plusieurs choses » (dans *ibid.*, p. 146).



copernicienne de l'individu »<sup>1</sup>, puis la Réforme, et avec elle les prémices d'une véritable liberté de conscience.

« L'homme est devenu un dieu pour l'homme... et comme chacun de nous incarne quelque chose de l'humanité, chaque conscience individuelle a en elle quelque chose de divin, et se trouve ainsi marquée d'un caractère qui la rend sacrée et inviolable aux autres. Tout l'individualisme est là »<sup>2</sup>.

**59.** Du droit naturel classique au droit naturel moderne, la raison rebâtit l'ordre du monde. L'école moderne, en particulier Grotius et Pufendorf, va opérer une sécularisation du droit naturel, « que l'on pourrait aussi appeler droit universel parce que tout le genre humain est tenu de l'observer »<sup>3</sup>. Dorénavant, l'Homme sociable et raisonnable veille à sa propre conservation. C'est à partir de cet état naturel présumé que la société politique est amenée à se bâtir. La liberté naturelle des Hommes préexiste à l'État, et ce ne peut être que par un contrat passé entre eux que l'appareil institutionnel, détenteur d'un pouvoir légitime, prend forme<sup>4</sup>. Les présupposés philosophiques<sup>5</sup> du contrat social – qui fonderont plus tard la théorie de l'abus de

---

<sup>1</sup> A. Laurent, *Histoire de l'individualisme*, Paris, PUF, 1993 cité par D. Lochak, préc., p. 11 ; D. Gutmann, « La question du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », dans *Le droit des Modernes (XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Paris, LGDJ, 1994, p. 11.

<sup>2</sup> E. Durkheim, *Les intellectuels et l'individualisme*, Paris, Mille et une nuits, 2002, cité par F. De Singly, « individualisme et lien social », dans *Le dictionnaire des sciences humaines* S. Mesure et P. Savidan (dir.), PUF, 2006, p. 623.

<sup>3</sup> S. Caporal, « Droits de l'homme, droits fondamentaux : histoire et concepts », préc., p. 10.

<sup>4</sup> « L'homme est par nature libre, indépendant, isolé, titulaire de droits individuels, inaliénables et imprescriptibles, de droits dits naturels, indissolublement attachés à sa qualité d'homme. Les sociétés se sont formées par le rapprochement volontaire et conscient des individus, qui se sont réunis dans le but d'assurer la protection de leurs droits individuels naturels. Sans doute, par l'effet de cette association, des restrictions sont apportées aux droits de chacun, mais seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer le libre exercice des droits de tous. La collectivité organisée, l'État, n'a d'autre but que de protéger et de sanctionner les droits individuels de chacun » (L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 16). Cette « historicisation de la nature » a été critiquée, notamment au XX<sup>e</sup> siècle, par nombre de philosophes politiques, tels que Castoriadis, Lefort et Gauchet qui ont mis l'accent, au contraire, sur *la contingence historique radicale* des régimes politiques (Y. Couture, « Problématiser les liens entre la démocratie et les droits de l'homme. Les perspectives de Castoriadis, Lefort et Gauchet », *Klêsis*, 29/2014, p. 54). Le mythe du contrat est encore réfuté par la théorie de l'émergence – contre le fondationnalisme – telle qu'elle est exprimée notamment dans la sociologie de N. Luhmann (T. Coster, « Droit et vérité dans la sociologie de Niklas Luhmann », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 18/2020, cons. juil. 2021).

<sup>5</sup> Dont le caractère fictif est problématique pour J. Bentham : « Attribuer l'origine des Gouvernements à une association volontaire, c'est une supposition qui, peut-être, a pu se réaliser dans certaines circonstances, et que l'on conçoit du moins comme possible, par exemple, dans le cas d'une colonie naissante. Mais, dans le fait, nous ne connaissons point de pareille origine. Tous les Gouvernements dont nous avons l'histoire ont commencé par la force et se sont établis graduellement par l'habitude, exceptée quelques États qui se sont émancipés d'eux-mêmes et qui se sont donnés des lois. Au reste, la fiction d'un contrat n'est bonne à rien ; elle ne sert qu'à faire naître des

droit – ont ainsi pensé le rapport des droits naturels à la violence, à la sécurité, au pouvoir, à la politique ou encore à la démocratie. Le contrat présume également l'égalité des individus dans la jouissance de ces droits. La philosophie des lumières<sup>1</sup> engendra par la suite la force révolutionnaire des droits de l'homme, quand la raison est universelle et qu'elle guide toutes les lois. Le pouvoir est rationalisé en son fondement et pour sa finalité, vers la préservation de la liberté individuelle. Les déclarations de droits ne prévoient pas seulement des prérogatives individuelles, elles fondent aussi des principes politiques, si bien que « toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » (art. 16 DDHC).

60. Les premières proclamations de droits, et avec elles la sécurité juridique de l'écrit, répondent à des aspirations politiques et culturelles particulières, elles n'ont pas la vocation universaliste et expansionniste de la DDHC<sup>2</sup>, bien que cette dernière ait été largement inspirée des déclarations américaines<sup>3</sup>. Les Pactes anglais – *Magna carta* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Act d'Habeas Corpus* (1679), *Bill of Rights* (1689) – sont essentiellement tournés vers la séparation des pouvoirs et ses garanties procédurales, la protection des prérogatives du parlement contre les abus du pouvoir royal, ou encore la sûreté. Au contraire, les déclarations de droits américaines, influencées par la philosophie des lumières et portées par un désir d'indépendance, ont l'ambition de proclamer des principes généraux sur l'exercice du pouvoir

---

questions qui égarent les esprits et les éloignent du vrai sujet à examiner » (*Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques, préc.*, p. 267). F. Nietzsche sera, lui, encore plus virulent : « la soumission à une forme fixe d'une population jusqu'alors sans normes et sans freins, telle qu'elle a commencé par un acte de violence, ne peut être menée à terme que par d'autres actes de violence, – que, par conséquence, l'« État » primitif a dû entrer en scène avec tout le caractère d'une effroyable tyrannie, d'un rouage meurtrier et impitoyable, et continuer à se manifester ainsi, jusqu'à ce qu'enfin une telle matière brute d'un peuple encore plongé dans l'animalité soit non seulement pétrie et rendue maniable, mais encore *façonnée* (...). Telle est bien l'origine de l'« État » sur la terre : je pense qu'on a fait justice de cette rêverie qui faisait remonter cette origine à un « contrat » (*La généalogie de la Morale* (1887), 3<sup>e</sup> éd., trad. H. Albert, Paris, Société du Mercure de France, 1900, p. 140) ; cf. égal. C. Castoriadis, « Nature et valeur de l'égalité » (1986), *Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, 1999, spéc. pp. 288 et s.

<sup>1</sup> « Les Lumières, c'est pour l'homme sortir d'une minorité qui n'est imputable qu'à lui. La minorité, c'est l'incapacité de se servir de son entendement sous la tutelle d'un autre (...) ces Lumières n'enseignent rien d'autre que la liberté ; et même la plus inoffensive de toutes les *libertés*, c'est-à-dire celle de faire un *usage public* de la raison dans tous les domaines » (E. Kant, « Was ist Aufklärung ? », *Berlinische monatschrift*, 1794, trad. *Qu'est ce que les Lumières ?* J. Mondot (dir.), Publications Université de Saint-Étienne, 1991, pp. 71-85).

<sup>2</sup> E. Boutmy, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de sciences politiques*, t. 17, 1902, pp. 419-443 : « Ce que le français se propose, c'est de faire un exposé de principes pour l'éducation de tous les hommes ; ce que l'Américain se propose, c'est de présenter la liste des cas où la loi sera attaquant devant la Cour suprême de son État ».

<sup>3</sup> G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, Paris, Albert Fontemoing 1902, 122 p.

et la nécessaire préservation de la liberté naturelle. Avant la fédération, ce sont les États qui adoptent de telles déclarations, le *Massachusetts Body of Liberties* (1641), le *Maryland Toleration Act* (1649) ou encore la *Virginia Declaration of Rights* (1776) qui servira de référence au *United States Bill of Rights* (1791). La Constitution américaine prévoyait alors la liberté de religion, le droit du peuple à détenir des armes, le droit à la sûreté, le droit à un procès équitable, et même le préluce impensé à une conception de l'abus de droit<sup>1</sup>.

**61.** C'est donc sur la base des cinq « ismes »<sup>2</sup> – l'humanisme, le subjectivisme, le justnaturalisme, l'individualisme et le libéralisme – que le discours des droits de l'homme s'est façonné intimement jusqu'à apparaître au grand jour, en France, lors de la révolution. À cet instant, « un nouvel ordre de choses prit naissance, et ce nouvel évangile séculier a engendré une religion politique nouvelle et opéré une révolution quasi universelle dans les esprits jusqu'aux confins de l'Europe »<sup>3</sup>. Un mythe était né.

---

<sup>1</sup> Ainsi, le neuvième amendement énonce : « The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people ». Si la lettre n'est effectivement pas sans rappeler la conception positive de l'abus de droit en tant que directive d'interprétation (*infra*. §§ 154 et s.) – ce qui fut effectivement envisagé par Madison et Jefferson (*Annals of Congress* 439 (1789)) – elle évoque surtout les droits et les pouvoirs non énumérés, si bien que les droits prévus dans les huit premiers amendements ne constituent pas une liste exhaustive. Cette disposition est alors utilisée par la Cour suprême pour reconnaître des droits fondamentaux non explicitement prévus par le texte constitutionnel (not. le droit à la vie privée, *Griswold v. Connecticut*, 1965, 381 U.S. 479).

<sup>2</sup> X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préc., p. 31.

<sup>3</sup> F. Von Gentz, *La déclaration des droits de l'homme* (1792) dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 187.

## B. L'instant révolutionnaire du discours des droits de l'homme

62. « La doctrine révolutionnaire ne nous apparaît plus comme un évangile impeccable, ni comme un tissu de monstrueuses aberrations, mais nous nous habituons peu à peu à n'y voir qu'un fait social de la plus haute importance dont nous cherchons à connaître les origines et la portée »<sup>1</sup>. Les droits de l'homme en France, comme en témoignent les articles 2 et 4 de la DDHC<sup>2</sup>, ont été formulés selon une perspective de droits naturels, inhérents à la nature humaine<sup>3</sup>. Un naturalisme moderne qui, rapidement opposé aux conceptions holistes des sociétés antiques<sup>4</sup>, fait prévaloir l'individu sur le groupe, et la liberté sur l'ordre social. V. Champeil-Desplats<sup>5</sup> et G. Peces-Barba<sup>6</sup> ont considéré les caractéristiques essentielles de cette conception naturelle des droits. Comme le mentionne la DDHC, ce sont des droits réputés universels, inaliénables, imprescriptibles et indisponibles. Ils appartiennent à l'humanité, à l'Homme parce qu'il est Homme, sans lesquels il ne saurait exister sans cesser d'être ce qu'il est<sup>7</sup>. Ces droits sont prétendument antérieurs à l'institutionnalisation du pouvoir, l'État est tenu d'agir aux fins de leur préservation. À cet égard, les droits de l'homme sont aussi empreints de philosophie volontariste et contractualiste. Ils insinuent que la société politique, structurée autour de la séparation des pouvoirs, est le fruit de la volonté individuelle. Le discours des

---

<sup>1</sup> E. Durkheim, « Les principes de 1789 et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, vol. XIX, 1890, p. 450 et s. cité par J.-J. Sueur, « Imprécision des droits de l'Homme : quelle imprécision ? », dans *Précisions et droits de l'Homme* V. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 33.

<sup>2</sup> Art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

Art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

<sup>3</sup> Une conception « métaphysique des droits » qui fut critiquée par divers courants du positivisme. Pour A. Comte, en effet, « il ne put exister de droits véritables qu'autant que les pouvoirs réguliers émanèrent de volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit des prétendus droits humains, qui ne comportaient qu'un office négatif » (*Système de politique positive*, 1851 dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 335-336). De même, selon L. Duguit, « le système juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du Code de Napoléon reposait sur la conception métaphysique de droit subjectif » (L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé...*, préc., p. 9).

<sup>4</sup> Il s'agit, là encore, d'un raccourci pédagogique tant l'Antiquité a vu apparaître les premières manifestations de l'individualisme, notamment à travers la figure du citoyen (cf. not. J. Deininger, « Quelques réflexions sur les droits de l'Homme et l'Antiquité » dans *Stoïcisme antique et droit naturel moderne* V. Laurand et J. Terrel (dir.), Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, n° 1, pp. 131 et s.) ou par l'exercice de la liberté politique (not. G. Ténékidès, « La Cité d'Athènes et les droits de l'homme », dans *Protecting Human Rights : the European Dimension. Studies in honor of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymans Verlag, 1988, pp. 605-638).

<sup>5</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 30.

<sup>6</sup> G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 105 et s.

<sup>7</sup> J. Bentham, *Traité des sophismes politiques...*, préc., p. 251.

droits de l'homme s'érige en rempart contre le pouvoir arbitraire, ce qui explique sa concentration première autour de la liberté individuelle, souvent envisagée par l'allégorie de la sphère privée. Un état imperméable aux ingérences de la puissance publique, qui rapproche la liberté individuelle de la propriété privée. Nous le verrons, cette conception naturaliste de « droits-propriétés » a largement contribué aux malentendus théoriques qui sous-tendent la notion de l'abus de droit.

**63.** Le discours des droits de l'homme postule donc une liberté naturelle de l'individu<sup>1</sup>, déduite d'une axiomatique objective surplombant l'ordre juridique et constituée d'idéaux universels sur l'existence et la justice. L'universalité des droits de l'homme comprend en réalité trois dimensions<sup>2</sup>. Une *universalité des destinataires* (l'humanité tout entière), une *universalité de la source* (autorité de la raison), et une *universalité du contenu* (les conditions de légitimité de toute société politique). Bien que les représentations avancées soient vagues, elles relèvent, pour les révolutionnaires en 1789, de l'évidence intuitive<sup>3</sup>. Le terme « déclaration » signifie bien la seule reconnaissance de droits préexistants<sup>4</sup>. C'est toute la force performative des droits de l'homme, ils n'existent pas en dehors du discours qui les institue sous la forme prétendue d'une reconnaissance. La DDHC, « esprit objectif »<sup>5</sup> de son temps, exprime clairement une assimilation des fondements de l'ordre social à un ordre naturel. Un ordre social nouveau et forgé par la loi, expression de la volonté générale. La DDHC, dont le préambule symbolise la rupture temporelle<sup>6</sup>, est fondatrice au sens où elle prétend postuler des vérités indiscutables et anhistoriques<sup>7</sup>, déduites principalement de la faculté naturelle de l'Homme à la raison<sup>8</sup>. Cette

---

<sup>1</sup> La Déclaration des droits de l'État de Virginie (1776) débute par l'affirmation « Que tous les hommes sont nés également libres et indépendants, et qu'ils ont certains droits inhérents dont ils ne peuvent, lorsqu'ils entrent dans l'état de société, priver ni dépouiller par aucun contrat leur postérité : à savoir le droit de jouir de la vie et de la liberté, avec les moyens d'acquérir et de posséder des biens et de chercher à obtenir le bonheur et la sûreté ».

<sup>2</sup> F. Guénard, *La Démocratie universelle. Philosophie d'un modèle politique*, Seuil, 2016, 368 p.

<sup>3</sup> Ainsi pour le député Gouges-Cartou, les déclarations de droits doivent « faire apercevoir la chaîne qui les lie à ces vérités fondamentales qui, semblables aux axiomes des géomètres, se présentent à l'esprit dans le dernier degré de l'évidence » (*Projet de déclaration*, août 1789 cité par S. Rials, *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 p. 703).

<sup>4</sup> D. Lochak, préc., p. 19.

<sup>5</sup> D'après le concept hégélien (M. Bienenstock, « Qu'est-ce que "l'esprit objectif" selon Hegel ? », *Revue germanique internationale* [En ligne], 15/2001).

<sup>6</sup> F. Chateauraynaud, M. Doury, « "Désormais..." Essai sur les fonctions argumentatives d'un marqueur de rupture temporelle », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 4/10, § 2.

<sup>7</sup> E. De Jonge, « la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde... », préc., § 8.

<sup>8</sup> « Il est deux manières de présenter de grandes vérités aux hommes. La première, de les leur imposer comme articles de foi, d'en charger la mémoire plutôt que la raison. Beaucoup de personnes soutiennent que la loi doit toujours prendre ce caractère. Quand cela serait, une *déclaration des droits du Citoyen* n'est pas une suite de lois,

conception naturaliste letera le discours des droits de l'homme d'un « poids métaphysique que constitue l'hypothèse d'un individu donné avant toute socialisation et venant en quelque sorte au monde avec des droits innés »<sup>1</sup>. Outre le risque de l'individualisme trompeur et exacerbé, présenté comme un état naturel, la référence à la nature a pour principal risque d'institutionnaliser des inégalités finalement assez subjectives. La Grèce Antique en est un exemple convaincant, lorsque « c'est l'ordre hiérarchique inscrit dans la constitution naturelle de l'homme qui, pour les classiques, justifie et fonde le droit naturel »<sup>2</sup>. Les inégalités liées au statut de citoyen se sont de fait reproduites à la Révolution française. Face à la critique de l'objectivisme naturaliste révolutionnaire, d'autres fondements à prétention objective ont émergé au sein de la pensée des droits de l'homme<sup>3</sup>. L'historicisme, l'utilitarisme, le solidarisme<sup>4</sup> sont autant de courants critiques à l'égard du droit naturel qui ont moins neutralisé qu'enrichi le discours des droits de l'homme.

**64.** Lors de ses moments révolutionnaires, le discours des droits de l'homme est aussi instrumentalisé pour créer les conditions de la rupture paradigmatique. En 1789, la DDHC a permis de rompre avec l'Ancien Régime et légitimer la représentation nationale. Aux États-Unis, les droits naturels furent vecteurs d'indépendance, ce qui explique leur place prééminente au cœur des textes fondateurs. En Allemagne, au contraire, les droits fondamentaux furent accordés dans les constitutions du XIX<sup>e</sup> siècle, « par instinct de survie dynastique »<sup>5</sup>. La Convention européenne des droits de l'Homme a, elle, été élaborée dans un contexte de guerre

---

mais une suite de principes. La seconde manière d'offrir la vérité est de ne la pas priver de son caractère essentiel, la raison et l'évidence. Je crois que c'est ainsi que les Représentants des Français du dix-huitième siècle doivent parler à leurs Commettants » (E. Sieyès, *Premier projet de déclaration (20-21 juillet 1789). Observations*, dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 96).

<sup>1</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017). Théorie de la rationalité. Théorie du langage*, trad. C. Bouchindhomme et a., Gallimard, 2018, p. 26.

<sup>2</sup> L. Strauss, *Droit naturel et histoire* (1954), Paris, Flammarion, 1986, p. 110 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 95.

<sup>3</sup> V. Champeil-Desplats, préc., pp. 114 et s.

<sup>4</sup> L. Bourgeois, *Solidarité* (1896), Paris, Armand Colin, 1902, pp. 94-95 : « La formule qui déterminera le lien social devra donc tenir compte de la nature et du but de la société humaine, des conditions dans lesquelles chaque membre y entre à son tour, des avantages communs dont le bénéficiaire lui est assuré et des charges communes auxquelles il se trouvera soumis ; elle devra, en d'autres termes, reconnaître les apports et les prélèvements de chacun, faire le compte de son droit et de son avoir, afin d'en dégager le règlement de son droit et de son devoir. La législation positive ne sera que l'expression pratique de cette formule de répartition équitable des profits et des charges de l'association ». « Ce qu'il faut savoir, et ce qu'une analyse précise des conditions objectives de la solidarité peut nous apprendre, c'est si les lois de cette solidarité contiennent les fondements d'un véritable droit humain » (C. Bouglé, *Le solidarisme*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1907, p. 66).

<sup>5</sup> D. Grimm, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum* [en ligne], n° 6.

froide, comme réaffirmation de la supériorité axiologique de la démocratie libérale sur la dictature du prolétariat<sup>1</sup>. La notion de l'abus de droit fondamental jouera d'ailleurs un rôle prépondérant pour la garantie de cette exigence libérale. Les instants révolutionnaires qui parcourent la généalogie des droits de l'homme révèlent à l'évidence leur portée politique et leur rapport intrinsèque au pouvoir. Après la révolution de 1789, les constitutions successives de la France admettront, pour la plupart, des déclarations de droits. Au fondement de l'ordre social et politique, le discours des droits de l'homme se positionne comme le « nouvel idéal de gouvernement des hommes »<sup>2</sup>, confondant par moment le souci de justice avec la revendication du bonheur<sup>3</sup>. Il faut dire que les ambitions révolutionnaires ne font qu'exprimer de manière emphatique un état d'esprit fondamental du discours des droits de l'homme : le combat pour les droits.

---

<sup>1</sup> J. Lacroix rappelle d'ailleurs que la Convention EDH, comme la DUDH du reste, reçut peu d'application à ses débuts, que la rhétorique des droits humains fut principalement revendiquée par le personnalisme chrétien, lui-même assimilé à l'anticommunisme (« Des droits de l'homme aux droits humains ? À propos de : S. Moyn, *The Last Utopia : Human Rights in History*, Harvard », *La vie des idées* [en ligne], 20 oct. 2010).

<sup>2</sup> B. Daugeron, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? » (Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ?), *Politeia* (n° 30), déc. 2016.

<sup>3</sup> Ainsi la Déclaration d'indépendance des États-Unis, prélude à la Déclaration des droits aux États-Unis comme en France, énonce « We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness (...). That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness » (*nous soulignons*). De même, l'article 1 de la Constitution du 24 juin 1793 prévoyait que « le but de la société est le bonheur commun ». Au risque, selon E. Kant, du gouvernement paternel (*imperium paternale*). « Le concept d'un droit extérieur en général dérive entièrement de celui de la liberté dans les rapports extérieurs des hommes entre eux, et il n'a rien à voir avec la fin que tous les hommes poursuivent naturellement (la considération du bonheur) et les moyens d'y arriver, de telle sorte que cette fin ne doit pas absolument se mêler à cette loi comme raison déterminante. Le droit est la condition restrictive imposée à la liberté de chacun, de s'accorder avec celle de tous, en tant que cela est possible suivant une loi générale » (« Du rapport de la théorie à la pratique dans le droit politique » dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 192).

### C. Le combat pour les droits de l'homme

**65.** « Il faut compter parmi les données permanentes de la réflexion sur le libéralisme les phénomènes de contestations et de lutte (entre groupes ou individus) dans l'établissement des frontières des protections collectives, dans l'approfondissement ou dans la limitation des facultés de choix personnelles »<sup>1</sup>. La justice des droits de l'homme ne va pas de soi<sup>2</sup>, elle est à l'évidence le produit d'une histoire, d'une philosophie, d'un combat. D. Lochak situe au moment de l'affaire Dreyfus la naissance d'une cause nouvelle : la défense des droits de l'homme<sup>3</sup>. Ainsi, en 1898 fut créée « la ligue pour la défense des droits de l'homme »<sup>4</sup> qui symbolisa, sous la III<sup>e</sup> République, la généralisation du combat pour les droits, de la défense d'une injustice individuelle à l'engagement politique en faveur de leur garantie institutionnelle et de leur élargissement. L'article premier de ses statuts énonce que la Ligue a pour objet « de défendre les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de justice énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ». La cause des droits se défend aussi sur le terrain politique et militant<sup>5</sup>, la Ligue s'engage à propos « des peuples colonisés, de l'antisémitisme, de la condition des étrangers, des violences policières, de la justice militaire, de la peine de mort, des droits des femmes, du droit du travail et du droit syndical, de la liberté de la presse, des fusillés pour l'exemple, de la laïcité... », ces causes sociales qui sont les sources de la méconnaissance autant que de la fragilité des droits. Le discours des droits de l'homme s'est assurément construit de revendications politiques et d'actions militantes. Il est brandi contre les autorités, qu'elles soient politiques, religieuses ou économiques.

**66.** Une catégorie spécifique de droits de l'homme est née du combat pour les idées libérales à partir des années 1860 : les libertés publiques<sup>6</sup>. D'une certaine façon, elles sont « la

---

<sup>1</sup> E. Picavet, *La revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Paris, Classiques Garnier, 2011, p. 263.

<sup>2</sup> L. Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme. In context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, 592 p.

<sup>3</sup> Cf. not. D. Lochak, « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 293.

<sup>4</sup> Cf. not. E. Naquet, *Pour l'Humanité. La ligue des droits de l'homme de l'affaire Dreyfus à la défaite de 1940*, PUR, 2014, 688 p.

<sup>5</sup> Cf. not. N. Stammers, *Human Rights and Social Movements*, Londres, Pluto Press, 2009, 296 p.

<sup>6</sup> Cf. not. le discours prononcé par A. Thiers devant le Corps législatif le 11 janvier 1864. Il y défend cinq libertés : la liberté individuelle, la liberté de la presse, la liberté électorale, la liberté de la représentation nationale, la liberté de la majorité (M. Mathieu, *Histoire des droits de l'homme*, préc.).



contribution à la garantie des droits du modèle républicain à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>1</sup>. Conformément aux idéaux de la Révolution française, ces libertés s'exerceront dans le cadre défini par la loi. Il s'agit, selon L. Duguit<sup>2</sup>, de la liberté individuelle, de la liberté du travail, de la liberté du commerce et des contrats, la liberté d'opinion, la liberté religieuse et la liberté d'association, auxquelles sont ajoutées traditionnellement la liberté de la presse, de réunion et de l'enseignement. Pour J. Rivero, la liberté du travail notamment doit être passée sous silence, les libertés publiques seraient celles qui résultent exclusivement des *abus* de l'administration<sup>3</sup>. Les différentes priorisations éthiques et politiques dans la manière d'envisager l'existence individuelle, l'égalité, la justice sociale, la société avec ou contre l'État ont pu générer diverses logiques de droits, systématisées par temps politiques en générations<sup>4</sup>. Il y aurait ainsi une dichotomie entre les « droits de » et les « droits à », les « droits libertés » et les « droits créances », les « droits civils et politiques » et « les droits économiques et sociaux »<sup>5</sup>. Les premiers seraient le droit à la vie, la liberté de conscience, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, la liberté d'expression, la liberté de religion, le droit à la sûreté, à la vie privée, le droit de propriété, etc. Ils constitueraient les droits de première génération et l'expression du libéralisme politique cher à B. Constant, H. Spencer ou encore J. S. Mill. Les seconds seraient le droit à la santé, à l'éducation, à la sécurité sociale, au travail, le droit de grève, etc. Ces droits de deuxième génération constitueraient une charge pour l'État, non plus celle de l'abstention, mais celle de la prestation, avec la mise en place notamment de services publics dédiés. Cette dichotomie est aujourd'hui largement relativisée – en témoigne notamment l'utilisation homogène du concept de l'abus de droit fondamental – du fait de

---

<sup>1</sup> O. Dord, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », dans *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000, p. 12.

<sup>2</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 5, Les libertés publiques, 2<sup>e</sup> éd., 1926 cité par S. Hennette Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, préc., p. 13.

<sup>3</sup> L. Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. XVIII.

<sup>4</sup> La Constitution de 1848 est le prélude à l'avènement d'un État social, la « dette » de la République envers ses citoyens, et par voie dérivée, la promotion de droits économiques et sociaux à la charge de la puissance publique. Son préambule (VIII.) énonce : « La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes : elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler. En vue de l'accomplissement de tous ces devoirs, et pour la garantie de tous ces droits, l'Assemblée nationale, fidèle aux traditions des grandes Assemblées qui ont inauguré la Révolution française, décrète (...) la Constitution de la République ». Ces « droits créances » sont aujourd'hui garantis par le Préambule de 1946 dont les principes particulièrement nécessaires à notre temps impliquent, notamment, la protection de la santé (CC, 22 janv. 1990, n° 89-269 DC), le droit à des prestations sociales (CC, 29 juil. 1991, n° 91-296 DC), l'égal accès à l'instruction (CC, 11 juil. 2001, n° 2001-450 DC).

<sup>5</sup> Les Pactes de 1966 sont le produit de cette dichotomie qui a opposé les « États occidentaux » aux « États socialistes » après la DUDH (P. Wachsmann, *Les droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, p. 14).

l'interdépendance des droits de l'homme (rassemblés dans la DUDH), mais aussi parce que conscience fut faite que tout droit nécessite une dialectique complexe entre abstention et prestation de la part de la puissance publique<sup>1</sup>. Sans doute ne faudrait-il, pour autant, « jeter le bébé avec l'eau du bain ». La cartographie par génération est non seulement révélatrice des œuvres politiques qui ont parcouru le discours des droits de l'homme, mais elle souligne surtout les antagonismes qui peuvent encore l'affaiblir. Ce qui se dessine dans la séparation entre générations de droits, c'est l'opposition classique en la matière entre liberté et égalité<sup>2</sup>, entre Tocqueville et Proudhon<sup>3</sup>. Les différents temps du discours des droits de l'homme seraient contradictoires entre eux<sup>4</sup>, et cela nourrit la critique envers la représentation du monde qu'il prétend instituer. Ces temps contradictoires se retrouvent aujourd'hui au sein du bloc de constitutionnalité français, sans que celui-ci ne précise les modalités de résolution des conflits

---

<sup>1</sup> Politiquement, cette dialectique est une forme de synthèse « socio-libérale » que R. Aron évoque en ces termes : « les individus doivent avoir les moyens d'exercer effectivement certaines libertés et l'État doit avoir le droit (et le pouvoir) d'intervenir dans la répartition des richesses en sorte que l'individu se trouve soustrait à la servitude que lui infligerait la perte de sa santé et de son emploi s'il restait "libre" de se tirer d'affaire » (*Essai sur les libertés*, Paris, Calmann-Lévy, 1965, p. 244). Juridiquement, cette dialectique est une constitution déontique mutuelle entre permission pour le bénéficiaire, interdiction pour le débiteur et obligation de prestation de la part de la puissance publique (dans le schéma le plus simple).

<sup>2</sup> « Destinée à manifester une irrévocable renonciation au régime ancien, mais sans pouvoir aucunement indiquer la nature de l'état final, la partie négative de la révolution se résuma tout entière dans une devise profondément contradictoire, *Liberté, Égalité*, qui repoussait toute organisation réelle. Car un libre essor développe nécessairement les différences quelconques, surtout mentales et morales ; en sorte que, pour maintenir le niveau, il faut toujours comprimer l'évolution » (A. Comte, *Système de politique positive*, 1851 dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 339).

<sup>3</sup> Deux conceptions des droits qui se reflètent sur la question de la propriété. Proudhon, pour qui « la propriété, c'est le vol ! » (*Qu'est-ce que la Propriété ?*, 1840, p. 131) constatant « l'antagonisme fondamental du travail et de la propriété » (dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 316), ce à quoi Tocqueville répondit dans son *Discours sur le droit au travail prononcé à l'Assemblée Constituante* (1848) : « la propriété, Messieurs, la propriété ! Sans doute la Révolution française a fait une guerre énergique, cruelle, à un certain nombre de propriétaires ; mais, quant au principe même de la propriété individuelle, elle l'a toujours respecté, honoré ; elle l'a placé dans ses constitutions au premier rang » (dans F. Worms, préc., p. 329). Au confluent de ces récits opposés, la notion de l'abus de droit est apparue au grand jour en matière de droit de propriété (*supra*, § 142 et s.).

<sup>4</sup> Pour M. Villey : « le programme des Déclarations est contradictoire. Elles collectionnent une profusion de droits d'inspiration hétérogène – aux 'droits formels' ou libertés de la première génération, s'étant ajoutés des 'droits substantiels', ou 'sociaux et économiques' (...). Supposé que soient pris au sérieux les droits-libertés, la propriété et la liberté contractuelle, on aboutit à priver les masses laborieuses de leur droit au minimum vital, à ces monstrueuses et colossales inégalités dans le bien-être matériel qu'a produit le capitalisme. Sur ce point la critique de Marx est difficilement réfutable. Optez au contraire pour le droit au travail, à la santé et au loisir et à la culture, ils paraîtront difficiles à réaliser sans rogner sur le droit de grève et les libertés... Chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme » (*Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, pp. 12-13 cité par S. Hennette Vauchez et D. Roman, préc., p. 17). Pareillement, selon F. Hayek, les droits sociaux sont liberticides, alors que « les anciens droits civils et les nouveaux droits sociaux et économiques ne peuvent pas être assurés en même temps et sont en fait incompatibles : les nouveaux droits ne pourraient être traduits dans les lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels » (*Droit, Législation et Liberté* [1973-1979], PUF, 1995, p. 124 cité par *ibid.*, p. 80).

normatifs impliqués. Entre abstention et prestation, les droits de l'homme ne demandent pas la même chose à l'État et font jouer au discours juridique un rôle différent<sup>1</sup>. Un rôle à vrai dire ambigu, et en dernière analyse instrumental, lorsque les régimes politiques qui proclament les droits de l'homme se montrent schizophrènes. À l'image de la III<sup>e</sup> République, capable de proclamer les libertés publiques comme les « lois scélérates »<sup>2</sup>, l'égalité des citoyens et l'inégalité des races. Et finalement que peut le discours juridique et ses concepts constitutifs, que reste-t-il au discours des droits de l'homme, à part un état d'esprit combatif, lorsque le fascisme gouverne les masses et s'empare des institutions<sup>3</sup> ?

67. L'histoire des droits de l'homme, comme celle des régimes politiques, n'est bien sûr pas linéaire, mais la cohérence de son discours ne peut être exagérément relativisée. Ces droits forment un projet politique et philosophique qui fixe un certain rapport au pouvoir, à la liberté, à l'égalité, ou encore à la sûreté. Ils soumettent aux interprètes du discours de la fondamentalité une manière de penser l'existence sociale, en postulant de façon claire la prééminence logique et morale de la liberté individuelle et de l'égalité des êtres humains dans le bénéfice de droits inaliénables. À cet égard, les théories politiques contemporaines n'ont que peu évolué. Cela ne veut pas dire que le discours des droits de l'homme est endigué. Il continue au contraire à se façonner du combat contre les *abus* constatés, les *abus de domination*<sup>4</sup>, les *abus de pouvoir*,

---

<sup>1</sup> En ce sens, J. Rivero eut souligné que « la satisfaction des droits de créance laisse (...) à l'État un pouvoir d'appréciation discrétionnaire extrêmement large, de telle sorte que l'objet du droit reste pratiquement indéfini jusqu'à ce que le législateur ait procédé aux choix nécessaires. Rien de tel lorsqu'il s'agit des libertés, à l'égard desquelles les obligations de l'État sont simples et définies, puisqu'elles se ramènent à une abstention. Enfin, la satisfaction des pouvoirs d'exiger suppose, de fait, un certain niveau de développement. Beaucoup plus que la mise en œuvre des libertés, elle est étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer, ce qui accuse encore le caractère virtuel et relatif de ces droits. Ainsi libertés et créances ne relèvent pas, en ce qui concerne leur mise en œuvre, des mêmes techniques juridiques (*Libertés publiques*, 9<sup>e</sup> éd., PUF, 2003, pp. 90-91 cité par Ibid. ; cf. égal. D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Revue des droits de l'homme* [en ligne], janv. 2012).

<sup>2</sup> Selon la qualification de l'opposition de gauche face à l'adoption par les républicains des lois liberticides du 12 et 18 décembre 1893 et du 28 juillet 1894.

<sup>3</sup> Et que font les juristes durant les heures les plus sombres de l'histoire de France ? Lorsque nombre d'entre eux, « sous l'Occupation, se sont mis à faire du droit antisémite, comme l'on fait du droit civil ou du droit administratif, classifiant, distinguant, et interprétant des normes en faisant totalement abstraction de leur contenu » (D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » dans *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, pp. 254-255 citant J. Marcou, *Le Conseil d'État sous Vichy*, Thèse, Université de Grenoble II, 1984).

<sup>4</sup> Comme au moment de la Déclaration d'indépendance des États-Unis, laquelle énonce, le 4 juillet 1776 : « Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes ; and accordingly all experience hath shewn, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. *But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute*

mais aussi *les abus de liberté*<sup>1</sup>. Ainsi, la prochaine génération de droits s'adresse déjà à la nature et portera sans nul doute un message de lutte contre le réchauffement climatique et de préservation de la biodiversité. Les obligations seront cette fois au premier plan pour rendre ces droits effectifs<sup>2</sup>, peut-être même que la dichotomie entre les droits et les devoirs sera complexifiée sous un paradigme moins anthropocentré. Quelle que soit la génération, le discours des droits de l'homme est mis en mouvement par des faits politiques et un moteur revendicatif. Or, pour évoquer l'élan axiologique qui mène aujourd'hui à la fundamentalité, et en particulier au concept de l'abus de droit fondamental, il faut certainement se reporter au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

---

Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security » (*nous soulignons*).

<sup>1</sup> Les abus de la liberté d'expression par exemple sont souvent l'occasion de réaffirmer les valeurs des droits de l'homme (*infra*. §§ 159 et s.).

<sup>2</sup> À ce titre, la proposition de la Convention citoyenne pour le climat de modifier le préambule de la Constitution de 1958 est révélatrice des enjeux à venir pour le discours des droits de l'homme devant la nécessité de sauvegarder l'environnement. Il s'agissait d'introduire dans le préambule un alinéa selon lequel « la conciliation des droits, libertés et principes qui en résultent ne saurait compromettre la préservation de l'environnement, patrimoine commun de l'humanité » (*Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat, version corrigée du 26 juin 2020* [en ligne], p. 414). Le Président de la République s'est opposé à cette proposition, craignant que la protection de l'environnement soit placée au-dessus des libertés fondamentales (C. Pietralunga, « Environnement : Emmanuel Macron propose deux référendums », *Le monde.fr* [en ligne], 29 juin 2020). Aussi, toujours en matière environnementale, la Cour Suprême colombienne a d'ores et déjà reconnu que les droits subjectifs « ne peuvent plus s'entendre comme des droits individuels/libéraux ayant pour finalité première la liberté d'agir du citoyen. Est advenu le temps d'une nécessité juridique qui s'articule autour des « droits-devoirs » (cité par F. Lafaille, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *RJE*, 2018/3, p. 549).

## § 2. Le discours des droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale

« Il y a eu sur le monde une souffrance d'une telle nature qu'elle demeure en face de nous, non seulement avec son caractère dramatique, mais encore avec son caractère métaphysique ; et que l'homme est aujourd'hui contraint à répondre non seulement de ce qu'il a voulu faire, non seulement sur ce qu'il voudra faire, mais encore de ce qu'il croit qu'il est »<sup>1</sup>.

68. Paradoxalement, l'aspiration globalisante de la Déclaration universelle des droits de l'homme s'est construite à partir d'une forme de concrétude historique et sentimentale : la désintégration éthique et politique de la Seconde Guerre mondiale. Cette déclaration est donc, avant toute chose, l'expression d'un impératif moral<sup>2</sup> : « plus jamais ça ». Le préambule de la DUDH est limpide sur ce point, « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité ». Doué de conscience, l'être humain est sujet de la Déclaration alors universelle. Elle est un acte de langage résolument performatif qui proclame autant un idéal à atteindre qu'un fondement axiologique commun à l'écrasante majorité des sociétés du monde<sup>3</sup>. Plus encore, la Déclaration universelle des droits de l'homme est une source juridique, certes non immédiatement contraignante<sup>4</sup>, mais qui a pour ambition de prescrire cette réalité proclamée. Une réalité conventionnelle comme le droit en produit tant, se présentant sous le mode de la *fiction instituante*<sup>5</sup>. La particularité des déclarations de droits de l'homme est effectivement la confusion des registres discursifs. Elles mêlent subtilement, d'un point de vue rhétorique, l'être et le devoir être, le fait et la valeur,

---

<sup>1</sup> A. Malraux, « L'homme et la culture », *Conférence donnée à la Sorbonne le 4 nov. 1946*, dans A. Malraux, *La politique, la culture*, Folio Essais, 1996, p. 152.

<sup>2</sup> F. Viangalli, « Sens et fonction des droits de l'homme au sein de la démocratie moderne : de Michel Villey à H.L.A. Hart », *Klēsis*, 29/2014, p. 31.

<sup>3</sup> À propos du projet de la DUDH, le Rapporteur de la Troisième Commission déclara : « Il n'est peut-être pas parfait, mais il représente le plus grand effort tenté jusqu'à présent par l'humanité pour donner de nouvelles assises juridiques et morales à la société, et, à ce titre, il marque une étape décisive dans le processus d'unification d'un monde divisé » (M. Saint-Lot, *Rapport de la Troisième Commission à propos du Projet de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, cent-quatre-vingtième séance plénière, Paris, 9 déc. 1948).

<sup>4</sup> CE, Ass., 23 nov. 1984, n<sup>os</sup> 60106 et a.

<sup>5</sup> « La fiction n'est pas tant une image du monde réel qu'une exemplification virtuelle d'un être-dans-le-monde possible : ses limites ne sont pas celles, thématiques, des mondes représentables, mais celles, constituantes, de la représentabilité des mondes (quels qu'ils soient) » (J.-M. Schaeffer, « De l'imagination à la fiction », *vox-poetica* [en ligne], 2002 cité par E. Danblon, « À quelles conditions une charte est-elle efficace ? » *Argumentation et analyse du discours*, préc., § 19).

l'empirique et l'idéal<sup>1</sup>. En même temps qu'elles expriment une vision compréhensive du monde, ces déclarations juridiques doivent susciter l'adhésion de leur communauté d'interprétation. Les droits de l'homme forment un discours de consensus qui ne renonce pas, pour autant, à son ambition normative. Et l'ambition normative des droits de l'homme n'a jamais été aussi forte que dans ce monde de l'après 1945. Au gré de ce que la doctrine a nommé le « constitutionnalisme moderne » (B), le discours des droits de l'homme s'est positionné comme source de droit positif inatteignable, immunisé contre le tourbillon de la temporalité<sup>2</sup>, et assurant la perpétuation sociale de certains impératifs éthiques et valeurs connaissables, au premier rang desquels la dignité de la personne humaine (A).

*A. Le concept de dignité de la personne humaine, un fondement énigmatique des droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale*

**69.** « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Le paragraphe premier du préambule de la DUDH consacre le principe de dignité de la personne humaine. Comme une résurgence de l'esprit de 1789, la communauté humaine, guidée par sa foi en la raison, proclame la dignité sur un registre naturaliste<sup>3</sup> (en témoigne l'utilisation de l'adjectif « inhérente »). La référence à une ontologie de l'être humain, en même temps qu'elle poursuit la vocation universaliste de la Déclaration (« la famille humaine »), constitue une ressource rhétorique puissante<sup>4</sup>. La dignité est

---

<sup>1</sup> En désaccord avec le principe d'utilité de J. Bentham, B. Constant remarquait : « Quoi de plus absurde, s'écrie l'ingénieur et savant collaborateur de Bentham, M. Dumont de Genève, que des droits inaliénables qui ont toujours été aliénés, des droits imprescriptibles qui ont toujours été prescrits ! » Mais en disant ces droits sont inaliénables ou imprescriptibles, on dit simplement qu'ils ne doivent pas être aliénés, qu'il ne doivent pas être prescrits. *On parle de ce qui doit être, non de ce qui est* » (*Des droits individuels (1818)*, dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 168, nous soulignons).

<sup>2</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., p. 12.

<sup>3</sup> Ce que P.-J. Proudhon avait pressenti dans sa définition de la justice : « l'homme, en vertu de la raison dont il est doué, a la faculté de sentir sa dignité dans la personne de son semblable comme dans sa propre personne, de s'affirmer tout à la fois comme individu et comme espèce » (*De la justice dans la révolution et dans l'Église* (1858) dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 318). Pour T. G. Masaryk, « [u]n caractère essentiel de cet idéal d'humanité est qu'il est regardé comme *naturel*. On cherche, en effet, les bases d'une religion et d'une théologie *naturelles*, d'une morale et d'un droit *naturels*, d'un état *naturel* (originel) de la société et de l'État ; la philosophie se fonde sur une raison *naturelle* (le bon sens, le sens commun) (...). L'idéal d'humanité est, en un mot, l'idéal naturel, idéal nouveau qui s'oppose à l'idéal ancien, légué par l'histoire » (*L'idéal d'humanité*, Paris, Rivière, 1930, pp. 7-8).

<sup>4</sup> E. Danblon, « À quelles conditions une charte est-elle efficace ? », préc., § 6.

prétendument « de l'essence humaine, contre sa négation dans l'existence »<sup>1</sup>. Le concept est annoncé au « fondement » du discours des droits de l'homme, instituant ainsi l'horizon indépassable de la fundamentalité. La même logique juridique gouverne à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les *explications relatives à la Charte* indiquent que :

« la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux (...). Il en résulte, notamment, *qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui* et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette Charte »<sup>2</sup>.

La rédaction est semblable aux dispositions formelles instaurant la notion de l'abus de droit fondamental, en ce qu'elle fait de la dignité un *principe d'interprétation* de la Charte<sup>3</sup>. Cette directive de signification est logique lorsque le concept est positionné à la source matérielle de l'ensemble des droits fondamentaux. Pour G. Peces-Barba, l'arbre de la fundamentalité a effectivement pour racine axiologique le principe de dignité de la personne humaine<sup>4</sup>, se déclinant lui-même en quatre préceptes moraux : liberté, égalité, sécurité juridique et solidarité. La dignité humaine est le concept matriciel<sup>5</sup> d'un discours des droits de l'homme plus que jamais juridicisé, tenant près de lui les droits désormais indérogeables<sup>6</sup>. Elle est cette « substance qui possède la propriété merveilleuse de faire naître les droits fondamentaux, de leur donner un sens, de les métamorphoser »<sup>7</sup>. Dès lors, du point de vue discursif, le principe de dignité est un *principe d'intelligibilité*<sup>8</sup> des droits de l'homme.

---

<sup>1</sup> G. Corroyer, V. Susana, « Communicabilité des droits de l'homme : la Déclaration Universelle et sa mise en texte », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 4/2010, § 31.

<sup>2</sup> Établies sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte (JOUE, 2007/C 303/02), ces explications ne composent pas en elles-mêmes une source normative formelle, mais « elles constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte » (*nous soulignons*).

<sup>3</sup> *Infra.* §§ 154 et s.

<sup>4</sup> « Si la notion de “fondement des droits” a un sens, il nous faut alors entendre par là, les raisons morales qui dérivent de la dignité de la personne humaine et qui sont les conditions sociales de sa réalisation » (G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, préc., p. 189).

<sup>5</sup> B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », D., 1995, p. 211.

<sup>6</sup> Art. 15 Convention EDH.

<sup>7</sup> D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, LGDJ, 1998, p. 69.

<sup>8</sup> *Idem.*

70. Symboliquement proclamée à l'article premier de la Loi fondamentale allemande, la dignité de l'être humain est le seul principe constitutionnel déclaré « intangible », auquel on ne peut renoncer<sup>1</sup>. Pour la première fois, « un souffle de pathos jusnaturaliste pénétrait dans un catalogue de droits fondamentaux allemand »<sup>2</sup>. Pour autant, le constituant a pris soin de consacrer l'effet direct du principe de dignité et de l'ensemble des droits fondamentaux prévus par la Constitution. Cette prééminence symbolique et juridique de la dignité humaine fut critiquée, en France, par une partie de la doctrine<sup>3</sup>. Il leur semblait, à vrai dire, hasardeux de faire d'un principe tardivement apparu en droit positif, non explicitement prévu par la Constitution et peu saisissable quant à ses propriétés essentielles, un fondement rationalisé des droits fondamentaux. À tout le moins, aurait-on dû laisser la dignité à l'état d'axiome et ne pas en faire un concept de droit positif<sup>4</sup>. Il se peut même que le principe contemporain de dignité ait moins à voir avec l'axiome proclamé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale qu'avec la conception statutaire de *dignitas*, liée fonctionnellement à l'ancien standard des bonnes mœurs<sup>5</sup>. En tout état de cause, le problème avec la notion positive de dignité c'est qu'on peut lui faire dire tout et son contraire<sup>6</sup>, ce qui est pour le moins problématique dans une perspective de normativité concrète. Effectivement, la dignité projette à la fois la figure individuelle dans la pluralité des êtres et l'universel dans l'unité. Du point de vue de la concrétisation normative, l'ambition est complexe à réaliser. Or, l'ambiguïté de ce principe matriciel ruisselle à n'en pas douter sur les autres concepts du discours de la fundamentalité, en particulier le concept de l'abus de droit avec lequel il est intimement lié. Ils forment tous deux, à vrai dire, une directive d'interprétation de la fundamentalité, où la dignité humaine constitue la raison et l'abus de droit le moyen<sup>7</sup>. Aussi, la dignité est un concept qui prétend ne pouvoir être relativisé. Pourtant, par

<sup>1</sup> Cour adm. féd., 15 déc. 1981, BVerwGE 64, 274.

<sup>2</sup> D. Grimm, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum* (n° 6) [en ligne], déc. 2011.

<sup>3</sup> cf. not. C. Girard, S. Henneville-Vaucher, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, 318 p.

<sup>4</sup> M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome », *RIEJ* (vol. 58), 2007/1, pp. 1-30.

<sup>5</sup> S. Henneville-Vaucher, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits* (n°48), 2008/2, p. 59-86.

<sup>6</sup> V. Champeil-Desplats, « Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française ? » (Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?), dans *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013, p. 175.

<sup>7</sup> Particulièrement en matière d'abus de la liberté d'expression. M. Dieudonné M'Bala M'Bala est coupable du délit d'injure (art. 23 loi du 29 juillet 1881), même s'il revendique « son droit à la liberté d'expression et, en quelque sorte, l'immunité dont devrait bénéficier la création artistique à vocation humoristique, il doit être rappelé que ces droits, essentiels dans une société démocratique, ne sont pas sans limites, tout spécialement lorsqu'est en cause le respect de la dignité de la personne humaine » (CA Paris (ch. 2-7), 17 mars 2011) ; La société Benetton, dont les publicités consistaient dans des photographies de corps nus tatoués « HIV positive », a abusé de sa liberté



définition, « la juridicisation d'un principe supérieur conduit à l'intégrer dans un système juridique qui le limite »<sup>1</sup>. L'absolutisme avancé par l'argument juridique de la dignité risque de le rendre contradictoire, à tout le moins diptyque, dessinant la traditionnelle opposition entre la dignité de la personne en tant qu'individu libre et responsable, et la dignité de l'être humain en tant qu'exigence de l'Humanité statutaire. De la possibilité « de se faire lancer » à l'euthanasie, en passant par la gestation pour autrui, la sexualité ou le suicide assisté, la dignité est autant utilisée pour fonder l'autonomie personnelle que pour en constituer la limite objective<sup>2</sup>, servant ou asservissant la liberté. Dans les deux cas également, elle agit comme un concept de clôture argumentative, qui érige de manière emphatique la figure de la personne humaine en tant que fin en soi. Entraîner sans violence et persuader sans convaincre disait Rousseau<sup>3</sup>.

71. Autour de ce noyau irréductible que constitue le principe de dignité, le discours des droits de l'homme au niveau international a pu se spécifier dans une multitude de déclarations et de conventions<sup>4</sup> qui, laissant à l'état de lanterne l'abstraction et l'universalisme, ont institué une protection sectorielle et particularisée des droits. En quête d'effectivité, le discours des droits de l'homme s'est aussi régionalisé en grands systèmes de protection continentaux – tous prévoient l'hypothèse de l'abus de droit<sup>5</sup>. Mais c'est d'abord au sein des constitutions nationales, dont l'aura normative atteint son apogée, que les droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ont trouvé leur sanctuaire juridique et politique, autorisant ainsi

---

d'expression en « utilisant une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être » (CA Paris, 28 mai 1996, D. 1996. 618, com. B. Edelman).

<sup>1</sup> J.-P. Théron, « Dignité et libertés, propos sur une jurisprudence contestable », dans *Pouvoirs et libertés. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 305.

<sup>2</sup> X. Bioy, « Le corps humain et la dignité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 15/2017 ; X. Bioy, « Rapport introductif. Le concept de dignité » dans *La dignité saisie par les juges en Europe* L. Burgogue-Larsen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 39.

<sup>3</sup> Cité par O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le monde* [en ligne], 30 janv. 2003.

<sup>4</sup> Petit tour d'horizon non exhaustif : les PIDCP et PIDESC, la Convention pour la répression du crime de génocide (1948), la Convention de Genève sur les réfugiés (1951), la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), la Convention relative aux droits de l'enfant (1989), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (2005), la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006), la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006).

<sup>5</sup> Art. 29 § 3 et 30 de la DUDH ; art. 5 § 1 du PIDCP et art. 5 § 1 du PIDESC ; art. 54 de la CDFUE ; art. 17 de la Convention EDH ; art. 29 de la Convention IADH préc. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne prévoit pas formellement de clause « anti-abus », toutefois le Chapitre II consacre les devoirs de l'Homme, et notamment le fait que « les droits et libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun » (art. 27 § 2).

une factualité sociale inégalable. À l'image du concept de dignité de la personne humaine<sup>1</sup>, le discours des droits de l'homme a *substantialisé l'État de droit*<sup>2</sup>.

### *B. Le discours des droits de l'homme honoré par le constitutionnalisme moderne*

72. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les déclarations de droits constituent le nouveau centre de gravité de la raison juridique. Elles se substituent dans ce rôle aux lois, la communauté d'interprétation du droit prenant conscience que le législateur peut mal faire, notamment dans les instants totalitaires. « Les droits de l'Homme sont inscrits au fronton des constitutions étatiques »<sup>3</sup>, propulsés nationalement et internationalement au sommet de la hiérarchie normative. Pour la France, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, puis les autres États européens se déprenant peu à peu des régimes autoritaires, s'inaugure l'ère de la légalité constitutionnelle et conventionnelle.

« Ce retour de la raison juridique dans le domaine qui lui appartient remet au centre du droit, rectius de la praxis juridique, l'interprétation, dans le sens étymologique (qui était celui de l'interpretatio médiévale) de médiation entre le texte et le contexte, entre l'être du droit (le droit positum, ex parte potestatis) et le droit qui doit être pour qu'il soit conforme à la nouvelle aequitas, à savoir la Constitution et les Chartes européennes et internationales des droits fondamentaux, sans cesse mises à jour par la science juridique – qui retrouve ainsi sa vocation constructiviste – et par la jurisprudence des tribunaux »<sup>4</sup>.

73. La figure du sujet de droit est revalorisée comme être, support actif de la dignité et visage concret du concept abstrait de personne humaine. « On ne peut penser les droits de l'homme qu'à partir du moment où l'on postule que l'homme est un sujet de droit, doté de la capacité d'avoir des droits et de s'en prévaloir face au pouvoir »<sup>5</sup>. L'individu devient institution, il est protégé pour lui-même et non en raison de sa nationalité ou de sa citoyenneté. Il est

---

<sup>1</sup> « La liaison doctrinale qui s'établit peu à peu entre concept de personne humaine et État de Droit entend fonder le système des droits fondamentaux sur le socle constitutionnel de la dignité de la personne humaine » (X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 755).

<sup>2</sup> J. Bell, « Le règne du droit et le règne du juge, vers une interprétation substantielle de l'État de droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 15.

<sup>3</sup> D. Lochak, « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 296.

<sup>4</sup> M. Vogliotti, « Le "tournant contextuel" dans la science juridique », *RIEJ*, 2013, n° 70, p. 201.

<sup>5</sup> D. Lochak, « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *RIEJ* (n° 13), 1984, p. 55.

envisagé hors de la communauté, notamment nationale, et donc par-delà les lois. Les droits fondamentaux sortent du « domaine réservé » de l'État et intègrent un ordre public de protection supra-étatique<sup>1</sup>. Ces enjeux éthiques et politiques revalorisent l'étude du discours du juge comme objet scientifique et de la jurisprudence comme source de droit. La méfiance à l'encontre du pouvoir étatique, y compris démocratique, devient une considération fondamentale de la pensée des droits de l'homme. Il reste que le régime démocratique, associé conceptuellement à l'État de droit, est supposé le mieux à même de préserver l'esprit des droits<sup>2</sup>. Il s'agit même, nous le verrons, de concepts interdépendants dans la jurisprudence relative à l'abus de droit, spécialement celle qui concerne des groupements politiques<sup>3</sup>. En retour, le discours des droits de l'homme légitime la démocratie, selon un lien qui se veut originel<sup>4</sup>. La démocratie constitue le cadre préférentiel d'interprétation et de fondement des droits<sup>5</sup>, si bien que le principe de séparation des pouvoirs en particulier a pu nourrir un certain loyalisme du juge envers le législateur<sup>6</sup>. Ensemble, régime politique et discours juridique dessinent un patrimoine commun de valeurs à préserver<sup>7</sup>. Selon cette perspective, la notion de l'abus de droit est l'instrument juridique d'une « démocratie apte à se défendre »<sup>8</sup>. Les travaux préparatoires à l'article 17 de la Convention EDH révèlent cette volonté de prévoir un outil juridique à même de défendre la démocratie, non seulement contre « elle-même », mais encore contre les

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/Turquie*, n° 15318/89. Not. F. Ost, « Originalités des méthodes d'interprétation de la CEDH » dans *Raisonnement la raison d'État : vers une Europe des droits de l'homme* (travaux du séminaire "Politique criminelle et droits de l'homme") M. Delmas-Marty (dir.), Paris, PUF, 1989, p. 458.

<sup>2</sup> C'est là une association fondamentale dans la jurisprudence de la Cour EDH, laquelle souligne régulièrement le « lien très clair entre la Convention et la démocratie » (not. [GC], 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et a. c/Turquie*, n° 19392/92, § 45).

<sup>3</sup> *Infra.* §§ 330 et s.

<sup>4</sup> Il est vrai que les déclarations de droits de l'homme de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ont proclamé concomitamment les droits civils et politiques, les uns s'appuyant sur les autres sous le paradigme individualiste (D. Lochak, préc., pp. 71 et s.).

<sup>5</sup> P. Gérard, *L'esprit des droits: philosophie des droits de l'homme*, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 104.

<sup>6</sup> H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit tome XVII (publié avec le concours du CNRS), 1972, p. 16.

<sup>7</sup> « La démocratie représente un élément fondamental de "l'ordre public européen". Cela ressort d'abord du préambule de la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et sur une conception et un respect communs des droits de l'homme d'autre part. Le préambule affirme ensuite que les États européens ont en commun un patrimoine d'idéaux et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. Ce patrimoine commun est constitué par les valeurs sous-jacentes à la Convention ; la Cour a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la convention était effectivement destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique. En d'autres termes, la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle » (Cour EDH, 16 mars 2006, *Ždanoka c/Lettonie*, n° 58278/00, § 98).

<sup>8</sup> Cour EDH, 26 sept. 1995, *Vogt c/Allemagne*, série A n° 323, § 51.

puissances étrangères qui agissent par le biais d'associations pour relayer des thèses antidémocratiques<sup>1</sup>. D'autres formes de totalitarisme à l'œuvre aujourd'hui rappellent que l'idée originelle de l'abus de droit est toujours d'actualité, celle qui l'envisageait alors comme un instrument de préservation de la souveraineté européenne.

74. Les déclarations de droits à l'échelle internationale et régionale vont se multiplier, et avec elles des organes supranationaux de protection, juridictionnels ou non<sup>2</sup>, qui veillent aux engagements pris par un nombre croissant d'États. Des recours spécifiques devant des institutions spécialisées visent à garantir l'homogénéité et l'effectivité des droits, mais c'est le discours juridique dans son ensemble et la conviction de ses interprètes authentiques qui valorisent la dogmatique des droits de l'homme dans un État de droit. L'ensemble des matières juridiques est concerné, le non-respect des droits de l'homme fait basculer les contentieux et encourt l'incrimination pénale, y compris au niveau international<sup>3</sup>. Sans préjuger de son efficacité totale, le discours des droits de l'homme fait peu à peu figure, au sein de sociétés démocratiques pluralistes, de vérité politique<sup>4</sup>, notamment dans sa prétention à (re)fonder un monde commun<sup>5</sup>. Il devient du même coup le référent indépassable de la validité juridique et la ressource aux balbutiements d'un constitutionnalisme global<sup>6</sup>. Les critiques à l'encontre de l'imaginaire totalisant des droits de l'homme seront d'autant plus vives que leur emprise sur la réalité sociale est forte. Si forte, que l'on pourrait ne plus y croire.

---

<sup>1</sup> M. Düsünsel, *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 5 mars 1975, Rec., I, pp. 149-150 : « Si la législation de chaque pays contient des mesures de protection de la démocratie et de la souveraineté de l'État à l'égard des gens qui seront surtout aux ordres de l'étranger, ce pays sera-t-il considéré de plein droit comme en état de légitime défense de ses droits et de la démocratie ? ». Aussi, la Turquie a joué un rôle important pour l'introduction d'une disposition sur l'abus de droit dans le texte conventionnel, en expérience des propres vicissitudes de son jeune régime démocratique (cf. l'intervention de M. Baban, Première partie de la deuxième session de l'assemblée consultative (séance du 16 août 1950), dans *Travaux préparatoires de l'article 17... préc.*, Rec., IV, p. 869).

<sup>2</sup> Au titre des comités d'experts spécialisés dans la protection des conventions internationales correspondantes se trouvent : le Comité des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité contre la torture, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité des travailleurs migrants, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité des droits de l'enfant, le Comité des droits des personnes handicapées, le Comité des disparitions forcées.

<sup>3</sup> Comme le prouve l'éclosion du droit pénal international au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et à l'aune de la protection des droits de l'Humanité tout entière (Tribunal de Nuremberg, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal d'Arusha pour le Rwanda, Tribunal spécial pour les crimes de guerre et crimes contre l'humanité en Sierra Leone, la Cour pénale internationale chargée de poursuivre les atteintes les plus graves à l'universalisme des droits de l'homme...).

<sup>4</sup> Ou, dit plus pudiquement, de « norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action politique » (M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 327).

<sup>5</sup> E. Danblon, « À quelles conditions une charte est-elle efficace ? », préc., § 6.

<sup>6</sup> Cf. not. « Le constitutionnalisme global » (dossier), *Jus Politicum* (n° 19), janv. 2018.

## Section 2. Des critiques envers le discours des droits de l'homme au concept de l'abus de droit fondamental : un monde rejeté

« *Le discours n'est pas la vie : son temps n'est pas le vôtre ; en lui, vous ne vous réconciliez pas avec la mort ; il se peut bien que vous ayez tué Dieu sous le poids de tout ce que vous avez dit ; mais ne pensez pas que vous ferez, de tout ce que vous dites, un homme qui vivra plus que lui* »<sup>1</sup>.

75. Ne peut-il y avoir « que les imbéciles réactionnaires pour s'opposer aux droits de l'homme »<sup>2</sup> ? Ou les crétins<sup>3</sup> sont-ils du côté des bien-pensants, leurs ardents défenseurs ? Ceux qui ont créé les conditions de la soumission au règne individuel, au seul petit confort personnel et aux revendications identitaires inépuisables. Les droits de l'homme ont-ils élevé l'ère de l'association libre et défaisable, le déclin de la collectivité et de la communauté nationale ? Ces discours sont connus, ils font « la critique de la modernité comme projet et réalisation », ils refusent les récits mythiques au terme d'une « herméneutique du soupçon », voire d'une certaine « esthétique de la décadence »<sup>4</sup>. Il n'est plus le temps aujourd'hui du romantisme à l'égard des droits de l'homme<sup>5</sup> et, en miroir de leur force instituant, l'on passe vite du culte à la diabolisation<sup>6</sup>. Ces critiques ne voient plus dans les droits de l'homme que l'abus qui en serait fait : l'abus de l'individualisme, l'abus du libéralisme, l'abus de l'europanisation et de l'internationalisation.

76. J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, dans un livre faisant référence<sup>7</sup>, distinguent trois mouvances critiques à l'égard des droits de l'homme. Une critique « antimoderne », héritière de la pensée contre-révolutionnaire, qui voit en l'idée de droit subjectif la perversion du droit authentique, en tant qu'il devrait être répartition et non attribution<sup>8</sup>. Le droit ne ferait plus œuvre

---

<sup>1</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., p. 286.

<sup>2</sup> G. Peces-Barba, « Michel villey et les droits de l'homme », *Droit et société*, 2009/1, n° 71, pp. 93-100.

<sup>3</sup> M. Gauchet, « entretien », *Éléments*, n° 164, 2018.

<sup>4</sup> O. De Frouville, « L'état des critiques dans le champ juridique, un déni ? », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., pp. 76 et s.

<sup>5</sup> Pour des critiques récentes, cf. not. P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, 272 p. ; J.-C. Michéa, *Le loup dans la bergerie*, Climats, 2018, 166 p.

<sup>6</sup> V. Zuber, *Le culte des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 2014, 416 p.

<sup>7</sup> J. Lacroix, J.-Y. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016, 352 p. ; Cf. égal. J. Waldron, *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, Methuen, 1987 ainsi que B. Binoche, J.-P. Cléro, *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007.

<sup>8</sup> G. Peces-Barba, « Michel villey et les droits de l'homme », préc.

de justice, mais d'utilité. Il est également une critique « communautaire », qui dénonce dans les droits de l'homme le primat de l'individu sur le groupe, la déliaison sociale et le déclin de la collectivité. Enfin, la critique « démocratique » ne perçoit dans les droits de l'homme qu'un instrument de légitimation du libéralisme économique inégalitaire, des « pansements » qui dissimulent mal un modèle social inique. Ce tableau, repeint ici à trop gros traits, illustre au moins l'hétérogénéité des critiques formulées à l'encontre des droits de l'homme, mais aussi, nous le verrons, leur convergence.

77. Ces critiques, anciennes et récurrentes, empruntent finalement assez peu au discours juridique<sup>1</sup>. Elles sont généralement d'ordres politique et philosophique, ce qui n'est évidemment pas sans lien avec le droit. Au contraire, elles nous renseignent sur la vocation hégémonique de la pensée des droits de l'homme par le discours juridique, bien que, comme toute idéologie, l'infrastructure de la fondamentalité risque d'être emportée par l'enthousiasme de ses croyances et ne pas voir les injustices qu'elle crée.

« Sur cette base, il est possible de critiquer non seulement les interprétations tendancieuses et les applications bornées des droits de l'homme, mais encore les instrumentalisation éhontées qui mettent les droits de l'homme au service d'une dissimulation pseudo-universaliste d'intérêts particuliers et qui suggèrent *la fausse idée selon laquelle le sens des droits de l'homme se réduit à l'abus qui en est fait* »<sup>2</sup>.

Les réticences, les angoisses, les critiques à l'encontre des droits de l'homme, le discours de la fondamentalité en fait quelque chose, il les assimile parce que sa communauté d'interprétation en est imprégnée. Ainsi, le long de la vie du discours, de nouveaux droits sont garantis – économiques et sociaux, environnementaux, au bénéfice des minorités, de la nature... – sous l'effet, aussi, des discours critiques antérieurement proférés<sup>3</sup>. Les réquisitoires à l'encontre des droits de l'homme sont aujourd'hui des résistances en leur sein, et le discours a tendance à se

---

<sup>1</sup> Il est aussi des critiques juridiques bien sûr, mais qui portent préférentiellement sur les concepts de droits subjectifs et de droits fondamentaux, moins sur l'idéologie des droits de l'homme ou les déclarations de droits en tant que telles (cf. not. X. Dupré de Boulois, « La critique doctrinale des droits de l'homme » (chron. n° 38), *RDLF* [en ligne] 2020).

<sup>2</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., p. 30 (*nous soulignons*).

<sup>3</sup> Tel est le cas de la critique socialiste qui, sous l'égide de C. Fourier ou L. Blanc notamment, proférait la nécessité d'une égalité réelle entre les classes, avec un interventionnisme étatique et la garantie de droits sociaux. Au niveau international, la critique relativiste a aussi permis l'adoption de déclarations de droits plus sectorielles et concrètes au service de l'intégration des droits de l'homme.

nourrir de ses propres potentialités critiques. Ces critiques structurantes et persistantes déconstruisent l'universalisme des droits (§ 2) ou stigmatisent leur individualisme problématique (§ 1). Les dérives supposées du subjectivisme et de l'universalisme des droits de l'homme intéressent forcément une étude sur l'abus de droit fondamental, tant cette notion disputerait, *in fine*, le premier au nom du second. Au-delà des paradoxes apparents, il sera temps plus tard, à travers l'étude du concept-objet, de démontrer en quoi ces discours critiques sont en droit largement exagérés.

## § 1. L'individualisme antipolitique des droits de l'homme

78. « *Les droits de l'homme ne sont pas une politique dans la mesure où ils ne nous donnent pas prise sur l'ensemble de la société dans laquelle ils s'insèrent. Ils ne peuvent devenir une politique qu'à la condition qu'on sache reconnaître et qu'on se donne les moyens de surmonter la dynamique aliénante de l'individualisme qu'ils véhiculent comme leur contrepartie naturelle* »<sup>1</sup>. Les discours critiques à l'encontre de l'individualisme des droits de l'homme n'ont pas tous les mêmes fondements, ni les mêmes finalités. Si pour certains, les droits de l'homme sont la cause directe de la déliaison sociale et du désenchantement démocratique (A), pour d'autres, ils ne sont que la conséquence d'un paradigme capitaliste aliénant (B). Le spectre de l'individualisme exacerbé a bien sûr été brandi par de nombreux théoriciens de l'abus de droit<sup>2</sup>.

### A. Les droits de l'homme contre la démocratie

79. La place consacrée à l'individu dans la philosophie des droits de l'homme a nourri la crainte, ancienne, de l'individualisme exacerbé. Ces plaideurs agitent le spectre de la « société contentieuse », générant « 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 »<sup>3</sup>. L'ère des droits n'aurait-elle pas dépassé l'esprit

---

<sup>1</sup> M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, préc., p. 26.

<sup>2</sup> M. Waline, *L'individualisme et le droit (1943-1944)*, préf. F. Mélin-Soucramanien, Paris, Dalloz, 2007, p. 409.

<sup>3</sup> R. Maspétiol, « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », *Arch. Phil. Droit*, t. IX, 1964, p. 75 cité par S. Van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 388.

démocratique et légué les jours sombres de la *res publica*<sup>1</sup> ? L'individualisme porté aux nues obstruerait le projet collectif, une négation du politique en faisant des citoyens les « détenteurs passifs et égoïstes de droits individuels »<sup>2</sup>. Ces droits antipolitiques<sup>3</sup> incarneraient l'isolement, l'atomisme, ils favoriseraient une logique séparatiste jusqu'à l'implosion du corps social ou sa complète dés-appartenance<sup>4</sup>. Des droits par ailleurs en inflation constante, comme autant de désirs individuels à concrétiser. Le danger des droits de l'homme serait sa configuration autocentrée et égocentrique, celle de l'individualisme et de la subjectivité. Or, « une des illusions de l'individualisme, ce serait précisément de considérer que chacun se saisirait par soi seul de sa capacité de responsabilité »<sup>5</sup>. Le sujet est certes affirmation, mais également assujettissement. S'il n'est qu'affirmation, l'individu impérial tombe dans « l'imagination folle »<sup>6</sup>, dans le « magma des représentations »<sup>7</sup>, dans le « creuset délirant de la raison »<sup>8</sup>. Le piège de la référence autonome est de ne se soumettre à aucun autre référentiel que soi, à « l'amour de soi, l'émerveillement de soi, la satisfaction de soi »<sup>9</sup>, et non plus à l'évocation, collectivement émancipatrice, de l'hétéronomie<sup>10</sup>. À défaut, l'émancipation « n'est que la réduction, du monde humain, des rapports, à l'homme lui-même »<sup>11</sup>. La société des droits est en conflit permanent, *ego contre ego*<sup>12</sup>, et l'État ne peut plus maintenir la cohésion sociale quand le fondement de son action réside dans un discours exagérément individualiste. Alors certes, le discours des droits de l'homme a eu son utilité contre le phénomène totalitaire, mais il en a gardé une propension à générer de la désocialisation. « C'est ainsi que la thématique des droits de l'homme a beau se glorifier de son anti-autoritarisme et de son anti-élitisme, elle est

---

<sup>1</sup> A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le débat*, 2003/2, n° 124, p. 59.

<sup>2</sup> M. Gauchet cité par J. Lacroix, J.-Y. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme*, préc., p. 65.

<sup>3</sup> M. Gauchet, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat* (vol. 3), 1980, n° 3, pp. 3-21.

<sup>4</sup> J. Lacroix, J.-Y. Pranchère, « Plaidoyer pour les droits de l'homme. La pensée politique à l'épreuve des critiques contemporaines des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 27.

<sup>5</sup> G. Stexhe, « Devoir, Pouvoir ? La responsabilité dans les limites de la simple humanité », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 129.

<sup>6</sup> S. Weil citée par A. Suppiot, « les figures juridiques de la démocratie économique », *Cours au collège de France* [en ligne], 4 nov. 2016.

<sup>7</sup> C. Castoriadis cité dans *ibid.*

<sup>8</sup> P. Legendre cité dans *ibid.*

<sup>9</sup> B. Edelman, « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 2009, n° 49, p. 107.

<sup>10</sup> Songeons ici à « l'affaire Matzneff », ou quand l'ego artistique anéantit les droits fondamentaux des personnes vulnérables dans un certain contexte politique et intellectuel (Cf. Le communiqué « À propos d'un procès », *Le Monde*, 26 janv. 1977, signé par L. Aragon, F. Ponge, R. Barthes, S. De Beauvoir, G. Deleuze, J.P. Sartre, etc.).

<sup>11</sup> K. Marx, *Sur la question juive* (1843) dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 301.

<sup>12</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 124.



enclavée, parce qu'elle s'appuie sur la sacralisation de l'individu, dans ce que Hegel considère comme "l'esprit subjectif" du "droit privé"<sup>1</sup>.

80. Certains auteurs ont alors renversé la perspective, pointant le totalitarisme individualiste des droits de l'homme. Le risque ne serait plus « l'État total, mais la déroute de l'État devant l'individu total »<sup>2</sup>. Les juristes ne sont pas en reste dans la manière de distiller leur critique acerbe. Pour B. Mathieu, « la conception totalitaire et subjective des droits fondamentaux correspond à un cancer des systèmes constitutionnels »<sup>3</sup>. L'exacerbation de l'individualisme, que reflèterait la montée en puissance des droits subjectifs, est susceptible de conduire, ni plus ni moins, « à une déstructuration de l'ordre social autant que de l'ordre juridique »<sup>4</sup>. Ce serait le déclin du droit objectif, la destruction du droit<sup>5</sup> et le démantèlement de la méthode juridique<sup>6</sup>, ou encore la désagrégation de la normativité constitutionnelle<sup>7</sup> dans sa fonction de préserver « un projet politique collectif »<sup>8</sup>. Les droits de l'homme ne sont plus que des « dédommagements, comme un remède à l'inhumanité d'un droit qui a rompu ses amarres avec la justice ». M. Villey s'employa effectivement à porter le coup fatal :

« L'apparition des droits de l'homme rend compte de la décomposition du concept de droit. Leur avènement fut le corrélat de l'éclipse ou de la perversion, dans la philosophie moderne individualiste, de l'idée de justice et de son outil, la jurisprudence. (...) Ces non-juristes que furent les inventeurs des droits de l'homme leur ont sacrifié la justice, sacrifié le droit »<sup>9</sup>.

Il n'est pas certain, de surcroît, qu'une société de droits subjectifs serve l'émancipation individuelle. Selon le modèle déontique éprouvé en droit, l'amplification des permissions d'agir entraîne corrélativement l'inflation des obligations de respecter. La multiplication des droits,

---

<sup>1</sup> S. Goyard-Fabre, « Re-penser le rationalisme dans son rapport à la justice » [Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue, 2011, Aix-en Provence], *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, p. 36. Référence à Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Première partie.

<sup>2</sup> M. Gauchet, *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris, Gallimard, 2005, p. 313 cité par G. Faure, D. Mongoin, « Propos introductifs », *Politeia*, déc. 2016, préc., n° 30.

<sup>3</sup> B. Mathieu, « Les droits fondamentaux ont-ils fait oublier l'intérêt général », *Politeia*, déc. 2016, préc., p. 281.

<sup>4</sup> P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.

<sup>5</sup> F. Terré, « Philosophie du droit : Un progrès du droit ? », *JCPG* (hors-série), 1<sup>er</sup> juin 2010.

<sup>6</sup> P.-Y. Gautier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau », *JCP*, 2016, n° 7, p. 189.

<sup>7</sup> A. Troianiello, préc., p. 59.

<sup>8</sup> Y. Cartuyvels, « Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 403.

<sup>9</sup> M. Villey, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1983, p. 154.

puis la concurrence entre eux, génèrent l'extension de la normativité. L'individu risque d'être prisonnier d'un réseau de contraintes spécifiquement interindividuelles, si bien que « celui qui échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude »<sup>1</sup>. Ces critiques pointent ici le risque *d'abus de domination*<sup>2</sup>, public comme privé. D'ailleurs, tout droit est quelque part la négation d'un autre droit ; aussi ne faut-il pas réduire la critique des droits de l'homme au mépris de la liberté. La critique de l'individualisme des droits reflète plutôt la crainte de l'aliénation collective<sup>3</sup>, laquelle a pu se spécifier dans l'opposition au capitalisme.

## B. Les droits de l'homme pour le capitalisme

**81.** Pour ses critiques, l'idéologie des droits de l'homme ancre la notion de propriété au centre névralgique des systèmes politiques. Le droit de propriété est le droit matriciel des droits de l'homme, au sens où l'individu est envisagé comme propriétaire, entrepreneur de ses droits. Cette vision des droits comme autant de biens dont on jouit naturellement est d'abord destructrice du lien social. Elle prépare une société dans laquelle l'individu ne s'élève jamais au-delà de son bien-être personnel<sup>4</sup>. La critique marxiste des droits de l'homme porte justement sur cette conception de la « propriété de soi-même », comme fondement ontologique du rapport social dans le libéralisme politique<sup>5</sup>. Elle rejoint la critique de leur individualisme, puisqu'aucun « des prétendus droits de l'homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé »<sup>6</sup>. Ce sont ces « mobiles antisociaux »<sup>7</sup> que la notion de l'abus de droit aura vocation à disqualifier. Il reste, pour ses critiques, que la mystique des droits de l'homme génère une

---

<sup>1</sup> J. Rivero, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, Pedone, 1969, t. III, pp. 311-322 cité par S. Van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme », préc., p. 388.

<sup>2</sup> *Infra.* §§ 346 et s.

<sup>3</sup> Pour M. Gauchet encore, « l'émancipation de l'individu-homme et les droits qui la sanctionnent ne sont pas séparables d'une aliénation collective qu'ils tendent à alimenter » (La démocratie contre elle-même, préc. p. 24).

<sup>4</sup> J.-M. Gaté, « Entretien avec Paul Ricœur », *Le Philosophoire*, 2001/3, n° 15, p. 10.

<sup>5</sup> E. Balibar, « Une critique marxiste des droits de l'homme est-elle encore possible ? », *Raison publique* [en ligne], 29 fév. 2016.

<sup>6</sup> K. Marx, *Sur la question juive* (1843) dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 296.

<sup>7</sup> M. Waline, *L'individualisme et le droit* (1943-1944), préc., p. 410.

communauté d'appartenance fictive, toute religieuse<sup>1</sup>, dont le lien feint entre ses membres repose sur le besoin et l'intérêt privé. Les droits de l'homme constituent la dernière utopie<sup>2</sup> du capitalisme moderne, s'imposant comme une morale provisoire, minimale et simple<sup>3</sup>.

**82.** L'allégation de droits naturels – qui a créé tant d'incompréhension devant cette notion de l'abus de droit – est en outre illusoire, tant les conditions historiques de leur réalisation ont supposé, toujours selon la critique marxiste, une logique aliénante pour la classe prolétarienne. Cette « aveugle nécessité naturelle »<sup>4</sup>, proclamée en fait lors d'une révolution bourgeoise<sup>5</sup>, a fondé des droits déconnectés de la réalité sociale qui privilégient l'intérêt sur l'égalité. Les droits de l'homme sont le discours du capitalisme moderne, parcouru par ses ambiguïtés entre coopération et compétition sociale, et qui génère des conflits interindividuels. Ce sont des droits déterminés qui reproduisent les aliénations de structure politique et économique tout en légitimant le phénomène de domination. À première vue d'ailleurs, la notion juridique de l'abus de droit reflète cette détermination économique et sociale. Aujourd'hui, la « critique marxiste » est reprise par des philosophes comme A. Badiou<sup>6</sup> et des juristes tels que M. Koskenniemi<sup>7</sup> ou C. Douzinas<sup>8</sup>, pour qui les droits de l'homme empêchent un véritable changement politique et économique. Ces droits sont les instruments illusoires de l'émancipation, ils s'accommodent des inégalités sociales comme des désastres écologiques. Il n'est pas anodin que l'âge d'or des « droits humains » soit celui des plus grandes inégalités de richesse<sup>9</sup> et des plus forts dommages à la nature. Ils élèvent non pas un idéal d'égalité, mais un idéal de suffisance (« ideal of sufficiency »)<sup>10</sup>. Et si les droits humains ne sont pas les sources

---

<sup>1</sup> E. Wiesel, « A Tribute to Human Rights » in Y. Danieli et al (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights : Fifty Years and Beyond*, Amityville, Baywood, 1999, p. 3 cité par J. Lacroix, « Des droits de l'homme aux droits humains... », préc. Une « religion laïque » selon B. Mathieu (« Les droits fondamentaux ont-ils fait oublier l'intérêt général », préc.).

<sup>2</sup> S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard, 2012, 352 p.

<sup>3</sup> J. Lacroix, « Des droits de l'homme aux droits humains... », préc.

<sup>4</sup> K. Marx, *La sainte famille*, dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 302.

<sup>5</sup> J. Jaurès, *Le socialisme et la vie*, 1901, dans *ibid.*, p. 386 : « C'est le socialisme seul qui donnera à la Déclaration des Droits de L'Homme tout son sens et qui réalisera tout le droit humain. Le droit révolutionnaire bourgeois a affranchi la personnalité humaine de bien des entraves ; mais en obligeant les générations nouvelles à payer une redevance au capital accumulé par les générations antérieures, et en laissant à une minorité le privilège de percevoir cette redevance, il frappe d'une sorte d'hypothèque au profit du passé et au profit d'une classe tout personnalité humaine ».

<sup>6</sup> A. Badiou, *L'éthique. Essai sur la conscience du mal*, Paris, Nous, 2009, 130 p.

<sup>7</sup> M. Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedonne, 2007, 424 p.

<sup>8</sup> C. Douzinas, *The End of Human Rights*, Hart Publishing, 2000, 408 p.

<sup>9</sup> E. Djordjevic, « Les droits humains, compagnons impuissants du néolibéralisme. À propos de : Samuel Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge », *La vie des idées* [en ligne], juillet 2019.

<sup>10</sup> S. Moyn, dans *ibid.*

directes des inégalités, ils n'en forment pas pour autant une contradiction suffisante<sup>1</sup>. Pis, ils rendent le capitalisme esthétique en adoucissant ses effets néfastes. Ils forment les conditions acceptables de l'initiative des forts à la domination des plus faibles, rationalisant ces relations aliénantes<sup>2</sup>. Les droits de l'homme serviraient précisément une logique de capital humain, où figurent des gagnants et des perdants<sup>3</sup>, les « sans-parts » dirait J. Rancière<sup>4</sup>. « L'emploi du langage des droits peut ainsi finir par rendre invisibles les causes profondes de certains problèmes sociaux (...), mais aussi, paradoxalement, les conditions structurelles et matérielles de leur propre violation »<sup>5</sup>.

**83.** Au final, la critique de l'individualisme des droits, enlacée parfois avec celle du capitalisme en général, réfute aux droits de l'homme leur faculté socialisante. Par-delà les critiques aux critiques qui pourraient être formulées, ayant avoir notamment aux revendications collectives pour la reconnaissance de droits sociaux, le spectre de l'individualisme des droits de l'homme, présumé être reproduit par la fundamentalité, apparaît contradictoire avec une notion juridique telle que l'abus de droit. Puisse l'étude de ce concept dissiper quelque peu les malentendus à ce sujet. En attendant, les critiques envers les droits de l'homme qui intéressent l'étude de l'abus de droit ne s'arrêtent pas à l'individualisme. Il en est d'autres, significatives, qui portent préférentiellement sur leur universalisme fantasmé. Un universalisme rhétorique qui projette l'idéal en fondement.

---

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> Cf. not sur ce point D. Dwivedi, S. Mohan, « En Inde, les troubles s'expliquent en partie par la Constitution du pays » (Tribune), *Le Monde* [en ligne], 24 janv. 2020).

<sup>3</sup> W. Brown, *Défaire le dèmos. Le néolibéralisme, une révolution furtive*, trad. par J. Vidal, Éditions Amsterdam, 2018, 296 p.

<sup>4</sup> « Rencontre avec Jacques Rancière : L'émancipation est l'affaire de tous », propos recueillis par Catherine Halpern, *Sciences humaines* [en ligne], mai-juin 2011.

<sup>5</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme : contre le droits-de-l'hommeisme intégral », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15/2019, p. 2.

## § 2. L'universalisme imaginaire des droits de l'homme

« *L'idéal est l'essence de l'éternité* »<sup>1</sup>.

**84.** La critique à l'encontre de l'universalisme revendiqué par les droits de l'homme s'est d'abord concentrée sur l'idéologie révolutionnaire des droits naturels. E. Burke, figure de la contre-révolution, contesta cette approche métaphysique des droits, ceux-ci ne pouvant éclore qu'au sein de l'histoire déterminée de chaque société<sup>2</sup>. Aussi, pour J. De Maistre, « une constitution qui est faite pour toutes les nations, n'est faite pour aucune : c'est une pure abstraction, une œuvre scolastique faite pour exercer l'esprit d'après une hypothèse idéale, et qu'il faut adresser à *l'homme*, dans les espaces imaginaires où il habite »<sup>3</sup>. La DDHC s'est ainsi adressée à l'Humanité sans nation<sup>4</sup>, et cet universalisme serait un plaisir intellectuel coupable d'idéalité.

**85.** Les droits de l'homme, d'essence naturaliste, sont alors non seulement des non-sens<sup>5</sup>, des croyances, des sophismes<sup>6</sup>, mais ils ont surtout été, pour J. Bentham, le langage de la terreur révolutionnaire qui sème les graines de l'anarchie<sup>7</sup>. Parce qu'en droit, « *les mots sont*

---

<sup>1</sup> H. Cohen, *L'Éthique de la volonté pure*, 1904, dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 412.

<sup>2</sup> E. Burke, *Réflexions sur la révolution française* (1790), Paris, Hachette, 2004.

<sup>3</sup> J. De Maistre, *Considérations sur la France. De l'influence divine dans les constitutions politiques*, dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie...*, préc., p. 147 : « La constitution de 1795, tout comme ses aînées, est faite pour *l'homme*. Or, il n'y a point d'*hommes* dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; je sais même, grâce à Montesquieu, qu'*on peut être Persan* : mais quant à *l'homme*, je déclare ne l'avoir jamais rencontré de ma vie ».

<sup>4</sup> La nation est régulièrement invoquée comme cadre de référence pour le bénéfice de droits fondamentaux compatibles avec l'agir politique collectif et l'intérêt général (cf. not. B. Mathieu, « Les droits fondamentaux ont-ils fait oublier l'intérêt général », *Politeia*, déc. 2016, préc.).

<sup>5</sup> Des « nonsense upon stilts » (cf. P. Schofield, « Jeremy Bentham's 'Nonsense upon Stilts' », *Utilitas*, Cambridge University Press, 2003, 15(1), pp. 1-26).

<sup>6</sup> « Ces principes, dit le Préambule, sont simples et incontestables : voilà donc des dogmes positifs, des articles de foi politique, des articles consacrés qu'il faut recevoir avec soumission, qu'il n'est plus permis d'examiner. Philosophie ! voilà ton premier pas. Abjurer l'emploi de la raison ! créer un symbole ! Établir des maximes sans argument, des points de croyance sans discussion ! Accordez-nous que nous sommes infaillibles, et nous vous prouverons ensuite que nous ne nous sommes pas trompés » (J. Bentham, dans *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques*, préc., p. 251).

<sup>7</sup> « Nous aurons prouvé, par un examen détaillé, que ces droits *naturels, inaliénables et sacrés*, n'ont jamais eu d'existence ; – que ces droits qui doivent diriger le Pouvoir Exécutif et Législatif, ne tendraient qu'à les égarer ; – qu'ils sont incompatibles avec le maintien d'une Constitution, – et que les citoyens, en les réclamant, ne réclameraient que l'anarchie ? » (*idem*). Point sur lequel, le positivisme de Comte rejoint l'utilitarisme de Bentham : « la longue transition révolutionnaire qui s'achève maintenant, et où les abus d'une organisation devenue rétrograde susciteront une anarchie alors progressive, mais aujourd'hui contraire à son but initial » (*Système de politique positive*, 1851 dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 336).

*des choses*, et que des termes impropres, qui font naître des idées fausses, peuvent conduire à des calamités nationales »<sup>1</sup>. Bentham avait effectivement identifié un paradoxe qui est ancré dans l'infrastructure du discours des droits fondamentaux : dès qu'une législation viole les droits naturels, il appartient aux individus le droit voire le devoir de résister<sup>2</sup>. Or, l'on sait bien comment l'élan révolutionnaire a été liberticide dans son intention de fonder les droits<sup>3</sup>. Aussi, la rhétorique des droits de l'homme n'est-elle pas condamnée à dénoncer l'autorité qui pour autant l'institue ?

« Non contents d'avoir forgé l'instrument qui conduit à la destruction de leur propre œuvre (qu'ils viennent à peine d'ébaucher), ces incompréhensibles législateurs encouragent ceux-là mêmes pour lesquels ils travaillent à ne laisser reposer cet instrument à *nul moment*. Tout ce que le pouvoir législatif va décider, tout ce que le pouvoir exécutif va faire, doit être à *tout moment* en accord avec une série de principes abstraits, imprécis, à demi vrais, susceptibles de provoquer toutes sortes d'interprétations (...). Au lieu d'accrocher au mur un tableau de lois inviolables, on y accroche un cadre vide dans lequel peuvent se glisser passion, égoïsme, appétit de pouvoir, impudence et émeute »<sup>4</sup>.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le paradoxe du discours des droits de l'homme s'est transformé. On l'a vu, c'est par un processus conventionnel et institutionnel de réaction emphatique à des faits historiques que les droits furent réaffirmés comme étant naturels. P. Foriers et Ch. Perelman remarquèrent le paradoxe, « natural rights, being tied by hypothesis to the very nature of man and prior to any social order, cannot be conferred by political authority, but should be recognized and declared by the latter »<sup>5</sup>. Or, le registre naturaliste est celui de la vanité, l'égalité entre les Hommes durant la période révolutionnaire est une chimère. L'abus de l'abstraction et de l'ambiguïté<sup>6</sup>, voilà donc ce qui caractérise les droits de l'homme pour la

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 246 (*nous soulignons*). « Je ne connais rien de plus juste que cette pensée d'un écrivain français "que ce qu'il y avait eu d'absurde dans la révolution a conduit à ce qu'il y avait eu d'atroce" (mots de Garat, *Défense de lui-même*).

<sup>2</sup> Art. 2 de la DDHC.

<sup>3</sup> Aussitôt la « liberté indéfinie de la presse » garantie par la Constitution du 24 juin 1793 (art. 122) que Robespierre déclara : « la liberté de la presse ne doit pas être permise lorsqu'elle compromet la liberté publique » (P.-J.-B. Buchez, P.-C. Roux, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, 1834-1838, t. XXVIII, p. 159).

<sup>4</sup> F. Von Gentz, *La Déclaration des droits de l'homme (1792)* dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 188-189.

<sup>5</sup> P. Foriers, Ch. Perelman, « Natural law and Natural Rights » (1974), in *Dictionary of the History of Ideas* P. Wiener (éd.), New-York, Scribner and Sons, pp. 13-14.

<sup>6</sup> Favorisé, selon J. Bentham, par l'utilisation du vocable droit, à la fois descriptif et prescriptif (P. Schofield, « Jeremy Bentham's 'Nonsense upon Stilts' », préc.).

pensée utilitariste. Pour que les droits soient effectifs, il ne faut pas les renvoyer à un état prépolitique de libertés fallacieusement octroyées, mais les garantir concrètement au sein des gouvernements. L'abstraction de la DDHC de 1789 fut une considération déterminante dans le refus, défendu par A. Esmein<sup>1</sup> et R. Carré de Malberg<sup>2</sup> sous la Troisième République, de voir reconnaître à cette Déclaration une valeur juridique. L'abstraction naturaliste et le caractère général des énoncés en matière de droits et libertés ont aussi été dénoncés par H. Kelsen. L'éminent juriste autrichien y percevait un risque démocratique d'atteinte à la séparation des pouvoirs, puisque les juges constitutionnels seraient tentés de « jouer un rôle extrêmement dangereux » de législateur, non pas négatif, mais positif<sup>3</sup>. Une critique anti élitiste a pu dès lors s'engouffrer dans la brèche<sup>4</sup>. Pour autant, la critique de l'abstraction des droits de l'homme est quelque peu grossière, alors que les rédacteurs de la DDHC considéraient eux-mêmes qu'il s'agit là de principes essentiels dont il revient à la Constitution et aux lois positives de les concrétiser<sup>5</sup>.

**86.** Il reste que le discours des droits de l'homme ne pourrait poursuivre à la fois l'ambition de la concrétisation et celle de l'universalisme. La posture juridique avancée, maintes fois reprise par les sceptiques de l'universel, est la suivante : plus l'effectivité des droits est concrète, moins elle est universelle. Ne suffirait-il pas d'invoquer la gestion de la crise migratoire en Europe pour affirmer que l'universalisme en droit ne reçoit aucune application ? Plus largement, il est fait quotidiennement l'expérience d'un « standard » des droits de l'homme différent entre les sociétés. Cette *rule naiveté*<sup>6</sup> que constituerait l'universalisme est pourtant aujourd'hui consistante en matière de droits fondamentaux. Elle en est même l'élément commun et irréductible. Un universalisme postulé comme idéal, au même titre que le discours des droits de l'homme lui-même. L'universalisme est inhérent aux droits de l'homme en tant

---

<sup>1</sup> A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914, pp. 561 et s.

<sup>2</sup> R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État (1920-1922)*, Paris, Éditions du CNRS, 1985, pp. 579 et s.

<sup>3</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 240-242 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 194.

<sup>4</sup> Donner le pouvoir aux juges, ce serait donner le pouvoir à une élite qui gouverne au destin de la masse. À ce propos, D. Kennedy, *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004, 400 p.

<sup>5</sup> D. Lochak, *Les droits de l'homme*, préc., p. 21.

<sup>6</sup> E. A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, 2014 cité par O. De Frouville, « L'état des critiques dans le champ juridique, un déni ? », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 89 ; cf. égal. M.-B. Dembour, *Who Believes in Human Rights ?*, Cambridge University Press, 2006.

que « principe incontournable et immédiat d'interprétation et de mise en œuvre »<sup>1</sup>. Pour remédier à l'antagonisme apparent entre l'universalisme revendiqué et les protections disparates des droits de l'homme à travers le monde, sans doute faut-il réinterroger la signification de l'universalité au sein du discours des droits de l'homme. En réalité, celle-ci ne peut être appréhendée que par une recomposition de l'idéal universel au sein du particularisme des sociétés. La réalisation des droits de l'homme suppose effectivement un universalisme concret, qui ne transcende pas seulement les frontières des ordres juridiques, mais qui est surtout postulé en leur sein. Les violations flagrantes des droits de l'homme commises à travers le monde, et pas seulement à l'étranger, ne doivent pas renvoyer à l'inconnu les conséquences normatives et procédurales de l'universalité en droit. Ne serait-ce que parce que la fundamentalité s'applique à tous, et que des règles juridiques spécifiques, en constante augmentation, garantissent l'égalité et la non-discrimination, directe ou indirecte, tandis que les structures légales des institutions pourvoyeuses de droits en assurent l'égale accessibilité. L'universalisme en droit se concrétise également par les sources normatives européennes et internationales des droits de l'homme, interprétées par des autorités, notamment juridictionnelles, qui entreprennent leur rapprochement matériel<sup>2</sup>. Les systèmes de protection régionaux en particulier contribuent de manière décisive à l'effectivité des droits. Leurs interprètes privilégiés se réfèrent les uns aux autres, bâtissant ainsi un arc de protection matérielle transrégional, conformément à l'idéal universaliste des droits de l'homme<sup>3</sup>. Dès lors, une appréciation élémentaire de l'universalité, encore portée par nombre d'interprètes du discours des droits de l'homme, nourrit une critique sévère à son égard, celle d'une dichotomie inacceptable entre « discours » et « réalité ». Là encore, l'opposition frontale ne resitue pas bien la dynamique discursive, selon laquelle les droits de l'homme projettent leur propre réalité, avec tout ce qu'elle peut avoir d'idéale et de force d'engagement. L'idéal de l'universel guide les concepts de la fundamentalité ; et cela vaut évidemment, nous le verrons, pour l'abus de droit fondamental<sup>4</sup>. Un universalisme stipulé, en perpétuelle construction, mais qui produit ainsi des conséquences concrètes en droit positif.

---

<sup>1</sup> P. Meyer-Bisch, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires, 1992, p. 18.

<sup>2</sup> Comme en témoigne l'existence d'une discipline Droit international et européen des droits de l'Homme (not. F. Sudre, L. Milano, H. Sirel, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 14<sup>e</sup>, 2019, 1014 p.).

<sup>3</sup> Et sans doute aussi, un certain imaginaire de l'Humanité. Pour H. Arendt, c'est « l'idée d'humanité qui constitue la seule idée régulatrice en termes de droit international », *L'impérialisme. Les Origines du totalitarisme*, t. 2 (1982), Points, 2010, p. 66.

<sup>4</sup> *Infra.* §§ 286 et s.



87. L'universalisme des droits de l'homme n'est pas seulement dénigré du point de vue de son effectivité. La critique à son encontre est en fait plus robuste lorsqu'elle s'intéresse aux conditions de validité du discours, aux termes d'une interprétation philosophique de l'histoire. Ainsi, il est incontestable que la construction du discours des droits de l'homme s'est opérée par ruptures<sup>1</sup>, au gré des revendications politiques, des évolutions sociétales, et des revirements de jugements éthiques. La teneur du discours dépendant des conditions politiques et sociales de sa production, l'universalité est une vertu reconstruite pour les droits de l'homme qui est apparue de manière circonstancielle. La DUDH ne fait bien sûr pas exception<sup>2</sup>. La généalogie du discours des droits de l'homme est un récit de rapports de force, de confrontation d'idées et de visions du monde qui naissent dans le particularisme des cultures et des sociétés. Pour J. Habermas, les droits de l'homme se dissocient difficilement d'une forme de légitimation politique apparue en Occident<sup>3</sup>, et ce n'est qu'au prix de combats politiques que naquit une relative égalité dans leur bénéfice, que l'on songe à l'évolution de la condition des femmes, des homosexuels, des juifs, des Tsiganes, des handicapés, des demandeurs d'asile... Il n'est alors pas « anodin que ces diverses poussées émancipatrices fassent reconnaître rétrospectivement les fonctions idéologiques que les droits de l'homme remplirent jusqu'ici »<sup>4</sup>, et peut être en premier lieu celle de masquer les inégalités factuelles. Se dévoile alors « l'aspect détective » du discours des droits de l'homme, « ces droits qui exigent qu'autrui soit inclus dans le champ de leur application fonctionnent en même temps comme des palpeurs capables de détecter les exclusions pratiquées en leur nom »<sup>5</sup>. Il faut dire que cette force critique a été intégrée par la Cour EDH, dont la jurisprudence envers les minorités nationales fait état du risque *d'abus de domination comme un abus du système des droits*<sup>6</sup>. Les conditions culturelles de production du discours déterminent un univers conceptuel susceptible de générer de l'inégalité et de l'exclusion. Une exclusion aggravée par la vocation hégémonique du discours des droits de

---

<sup>1</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., pp. 93 et s.

<sup>2</sup> Le *Statement on Human Rights* de l'American Anthropological Association (A.A.A) en date de 1947 revendiquait déjà une meilleure prise en compte du pluralisme culturel alors que les conditions d'élaboration de la DUDH laissaient de côté de nombreuses communautés encore sous le joug colonial (S. Hennette Vauchez, D. Roman, préc., pp. 86-87).

<sup>3</sup> J. Habermas, *Parcours 2*, préc., p. 17. Précisément, en Europe au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 18. Effectivement, pour le philosophe, « le débat sur les droits de l'homme est lui aussi censé faire entendre toutes les voix. C'est pourquoi il avance lui-même les critères à la lumière desquels les infractions, même latentes, à ses propres exigences peuvent être repérées et corrigées » (*L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, p. 247).

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> *Infra.* §§ 346 et s.

l'homme, ce que ses critiques ont nommé le « droits-de-l'hommisme intégral »<sup>1</sup>. Il a été suffisamment mis en lumière la façon dont le fait colonial s'est appuyé sur l'aura expansionniste de tels droits<sup>2</sup>, un impérialisme que certains dénoncent encore en droit international<sup>3</sup>. D'autres cultures et sociétés humaines peuvent aussi rejeter les priorisations du discours des droits de l'homme, notamment la prévalence du subjectivisme et de l'intérêt individuel<sup>4</sup>. Enfin, certaines doctrines critiques n'ont pas manqué de soulever que l'universalisme ainsi visé, même s'il a incontestablement progressé dans ses dispositions inclusives, avait pour cadre référentiel subconscient et privilégié, un genre particulier, une « race » particulière, une sexualité déterminée, etc. Soit une partie seulement des êtres humains voire une infime partie (logiquement s'agissant de droits de l'Homme...) du monde vivant. Bref, il ne s'agirait là que d'un universalisme « eurocentré et androcentré »<sup>5</sup>. Voilà demain l'Homme amené à ne plus être le *dernier privilège*<sup>6</sup>. Autant de critiques d'inégales sagesses qui permettent au discours des droits de l'homme de rester en mouvement.

---

<sup>1</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme », préc., p. 2.

<sup>2</sup> Cf. not. *La fracture coloniale* P. Blanchard, N. Bancel, S. Lemaire (dir.), La découverte Poche, 2006, 322 p.

<sup>3</sup> Cf. not. R. Bachand, *Les subalternes et le droit international. Une critique politique*, Pedone, 2018, 256 p.

<sup>4</sup> Notamment en Asie du Sud-Est, dont les sociétés sont fortement influencées par la philosophie confucéenne. L'observation de la structure linguistique est aussi révélatrice, en ce que celle-ci postule une certaine représentation de l'individu et de son rapport au monde, notamment dans la façon se présenter, la signification du « je ». (A. Suppiot, « les figures juridiques de la démocratie économique », *Cours au collège de France* [en ligne], 4 nov. 2016, réf. faite aux théories du linguiste A. Berque).

<sup>5</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme... », préc., p. 3.

<sup>6</sup> Selon la formule de M. Stirner (« L'unique et sa propriété », dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 278).

\*  
\*       \*

**88.** Il fait peu de doute que la sympathie<sup>1</sup> à l'égard du discours des droits de l'homme va en s'amenuisant. Si les critiques entrevues, aussi sévères que plurielles, sont historiques, la faible considération portée dans l'espace public à la liberté insinue l'idée que les droits de l'homme ne sont plus une priorité des temps actuels<sup>2</sup>. La liberté en société est un bien que l'on ne chérit pas, que l'on garde pour soi, et qui peut être si bien relativisé pour la tranquillité. Pour peu que le péril terroriste ou sanitaire se rappelle régulièrement aux consciences, le renoncement censément momentané à la promesse des droits de l'homme ne trompe pas sur son caractère durable. Un renoncement qui n'est pas le simple fait d'un pouvoir enivré par la verticalité, mais qui se répand aussi sous les coups de boutoir d'une violence aveugle et de sa réponse populiste, désorientée et lâche<sup>3</sup>. Il est tout de même paradoxal que les critiques contemporaines de ces droits voient partout l'individualisme, que leurs défenseurs voient au contraire se généraliser le recul de la liberté individuelle et que les juristes, dans tout ça, s'accordent sur la place prépondérante des droits fondamentaux dans les structures contentieuses en tout domaine du droit. Si elle ne prétend pas démêler tous les paradoxes qu'instillent les vues de l'esprit, l'étude du concept de l'abus de droit fondamental peut apporter un éclairage proprement juridique sur la réelle dynamique sociale des droits, et ses implications d'un point de vue démocratique. Elle épouse, en cela, la marche ininterrompue du discours des droits de l'homme vers de plus en plus de complexité.

**89.** Les droits de l'homme forment effectivement un univers complexe et hétérogène de représentations collectives. Ce discours constitue une mémoire institutionnelle qui lie la fondamentalité, comme une politesse envers le passé<sup>4</sup>. Contre un scepticisme axiologique trop

---

<sup>1</sup> Référence à l'épistémologique de la sympathie que J.-J. Sueur (« Imprécision des droits de l'Homme », préc., p. 34) reprend d'A. Smith, *Théorie des sentiments moraux* (1976), Paris, PUF, 1999, pp. 83 et s.

<sup>2</sup> Cf. not. selon des perspectives différentes : P. Bernard, « Sous la pression de l'extrême droite, l'idée que l'État de droit est un carcan plutôt qu'une protection progresse », *Le Monde*, 13 juin 2021 ; J.-C. Kaufmann, *C'est fatigant, la liberté... Une leçon de la crise*, Éd. de l'Observatoire, 2021, 224 p.

<sup>3</sup> Et certains « intellectuels » de défendre « une modération » ou « sagesse politique » dans la diffusion des caricatures du prophète Mahomet. Les mêmes se montrent relativistes ou sceptiques vis-à-vis de l'universalisme « abstrait » des droits de l'homme (cf. not. O. Mongin, J. L. Schlegel, « Les défenseurs de la caricature à tous les vents sont aveugles sur les conséquences de la mondialisation », *Le Monde*, 3 nov. 2020).

<sup>4</sup> En détournant l'expression de I. Bergman : « L'homme (j'entends aussi bien moi qu'autrui) est devenu libre, terriblement, vertigineusement libre. La religion et l'art ne sont maintenus en vie que pour des raisons sentimentales, telles qu'une politesse de pure convention envers le passé. Une bienveillante sollicitude envers les

rapidement formulé, il ne fait pas de doute que le discours des droits fondamentaux se structure autour de valeurs connaissables, directement inscrites dans les préambules des déclarations de droits, et qui jouent un rôle significatif dans leur concrétisation normative. Cet aperçu de l'infrastructure de la fundamentalité aura ainsi révélé les « exigences éthiques historiquement déterminées »<sup>1</sup> qui la constituent ; et avec elle le concept de l'abus de droit fondamental. Pour autant, la fundamentalité est un discours autonome dans l'univers juridique, qui ne se réduit pas à l'autorité des déclarations de droits, et dont la normativité propre structure aujourd'hui le droit positif français. Si l'étude de l'infrastructure de la fundamentalité a pudiquement dévoilé quelques raisons axiologiques du concept-objet, celle de la structure de ce discours, en tant que champ énonciatif, révélera le *système logique* dans lequel évolue l'abus de droit fondamental.

---

citoyens toujours plus nerveux de la civilisation des loisirs ». Cité dans J. J. Michalczyk, *Ingmar Bergman ou la passion d'être homme aujourd'hui*, Éd. Beauchesne, 1977, p. 168

<sup>1</sup> A. Greppi, *Teoria e ideologia en el pensamiento politico de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 272 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 131.

## Chapitre 2. La structure du discours de la fundamentalité : la logique du concept de l'abus de droit fondamental

90. Chacun voit bien aujourd'hui comment le discours juridique se recompose autour du paradigme de la fundamentalité<sup>1</sup>, un concept qui ne laisse pas d'analyses<sup>2</sup> et qu'il convient à présent d'étudier. La démarche n'a évidemment pas la prétention d'une théorie sectorielle des droits fondamentaux, encore moins celle d'une théorie générale du droit, elle répond seulement de la nécessité à appréhender, d'un point de vue pragmatique, le champ énonciatif du concept de l'abus de droit fondamental. Plus tard, en effet, il sera temps de voir en quoi ce concept consiste en la contextualisation d'un fait social litigieux au regard d'un discours formel et institutionnel : la fundamentalité. On l'a dit, la caractérisation de la fundamentalité par la référence discursive monopolistique est une démarche réductionniste assumée, compréhensive et explicative du phénomène objet de cette recherche. Le concept de discours permet l'unité de sens, il fait le lien entre les manifestations de la fundamentalité du point de vue du langage, de la pensée et du monde. Les difficultés épistémiques ne sont pas évacuées, mais circonscrites à l'enjeu du discours. La dimension complexe du phénomène des droits fondamentaux nous paraît alors pouvoir être appréhendée simplement, logiquement et méthodiquement.

91. Le concept de discours suppose un référentiel, une communauté d'interprétation, un champ énonciatif<sup>3</sup> et une matérialité. Le langage des droits est cette matérialité du discours de la fundamentalité qui provient d'un même système de formation<sup>4</sup> et qui réunit autour de lui une communauté d'interprétation, laquelle interagit selon un champ énonciatif structurellement juridique et dans un cadre référentiel qui est majoritairement celui des sociétés pluralistes érigeant le discours des droits de l'homme, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, en fondement constitutionnel commun. D'un point de vue ontologique, le concept de discours met en lumière la *logique significative* qui parcourt les faits, le langage et la pensée juridiques. Une telle logique significative guidera l'action de l'abus de droit fondamental en tant que concept juridique. Logiquement d'un point de vue pragmatiste, la stabilisation du concept de

---

<sup>1</sup> X. Dupré de Boulois, *Droits des libertés fondamentales*, préc., p. 1.

<sup>2</sup> S. Sydoryk, *La doctrine constitutionnelle : étude de la production de la connaissance sur le droit constitutionnel contemporain français*, Thèse en droit public, UT1 Capitole, 2020, pp. 300 et s.

<sup>3</sup> « Tout énoncé se trouve ainsi spécifié : il n'y a pas d'énoncé en général, d'énoncé libre, neutre et indépendant, mais toujours un énoncé faisant partie d'une série ou d'un ensemble jouant un rôle au milieu des autres, s'appuyant sur eux et se distinguant d'eux » (M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., pp. 136-137).

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 45 et s.

fondamentalité par l’appréhension discursive (section 1) dévoilera les fonctions accomplies en droit par le phénomène ainsi capturé (section 2).

## **Section 1. L’appréhension discursive de la fundamentalité en tant que champ énonciatif du concept de l’abus de droit fondamental**

92. Au regard de leur infrastructure, il ne fait pas de doute que les droits fondamentaux constituent la traduction juridique de certaines valeurs politiques et morales, liées au libéralisme politique, à la démocratie ou encore à l’État de droit<sup>1</sup>. Conformément au constitutionnalisme moderne, de tels fondements axiologiques, constitutifs d’une communauté politique et de son ordre juridique, sont logiquement prévus au plus haut niveau de la hiérarchie normative. Ceci étant, nous voilà peu avancés sur l’identification d’une conception juridique des droits fondamentaux ; préalable nécessaire à la compréhension de l’abus de droit fondamental. En France, la doctrine est elle-même confrontée à une réelle incertitude conceptuelle (§ 1), ce qui autorise une approche renouvelée, pragmatiste, qui discernera dans le phénomène de la fundamentalité les propriétés d’un discours autonome (§ 2).

### **§ 1. L’incertitude conceptuelle de la fundamentalité**

93. L’incertitude conceptuelle en matière des droits fondamentaux est évidemment source de confusions à propos de l’abus de droit fondamental. Elle est d’abord liée à l’incertitude conceptuelle du droit en général, de la norme ou de la règle<sup>2</sup>. Plus encore, la fundamentalité ne serait pas véritablement appréhendée si elle était réduite à l’un de ces constituants. La confondre avec les droits nierait sa complexité, l’assimiler à des sources normatives formelles méconnaîtrait sa spécificité, la réduire à des règles juridiques négligerait son influence. L’insaisissabilité de la fundamentalité est donc à la fois générique et spécifique (A), ce qui accroît la défiance à l’encontre du concept dont certains ne voient plus que la teneur idéologique<sup>3</sup> (B).

---

<sup>1</sup> L. Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 64.

<sup>2</sup> « Aucune définition du droit ne pourrait résoudre les questions complexes en jeu. Les traditionnelles définitions *genus* et *differentia* du droit en tant qu’espèces de règle seraient inutiles puisque le terme “règle” n’engendre pas moins de perplexité que “droit” » (P.M.S. Hacker, « Hart’s philosophy of law », in *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* P.M.S. Hacker et J. Raz (éds.), Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 4 cité par C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 113).

<sup>3</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2011, p. 38.

## A. L'insaisissabilité du concept de droit fondamental

94. « Tout se passe comme si l'accent mis sur la technique de protection des libertés avait pris le pas sur la réflexion portant sur la nature de ces libertés »<sup>1</sup>. L'incohérence sémantique qui règne s'agissant de droits et libertés est le premier obstacle à l'identification d'un concept stable de fondamentalité. Le droit positif ne donne pas directement accès au concept par le mot. Des appellations différentes peuvent viser des conceptions identiques, alors que des termes semblables peuvent renvoyer, au contraire, à des représentations diverses. « Autrement dit, certains droits ou libertés peuvent être qualifiés de fondamentaux sans entrer dans un concept prédéterminé et construit de "droit fondamental" »<sup>2</sup>. L'univers juridique hérite d'ailleurs d'une conception de la fondamentalité qui est elle-même équivoque dans le langage ordinaire<sup>3</sup>. À cela, s'ajoute une incohérence terminologique selon les interprètes qui participent du phénomène. Suivant les ordres juridiques, pourtant appliqués concomitamment, sont évoqués les « droits et libertés », les « droits et libertés fondamentaux », les « droits de l'homme », les « libertés publiques », les « droits que la Constitution garantit », les « droits de la personne », les « droits humains », les « libertés individuelles et collectives », les « principes fondamentaux », etc. La question a même pu se poser de savoir si l'ordre juridique français était digne de l'appellation « droits fondamentaux », notamment avant la QPC<sup>4</sup>. Les énoncés utilisés dépendent ainsi de ce que prévoient les différentes sources normatives, de la culture des droits de chaque ordre juridique, et bien sûr, des utilisations pragmatiques, fonctionnelles ou accidentelles, qui rattachent le fait discursif à un concept vaguement envisagé.

95. Pourtant, il y a bien une notion juridique de « droit fondamental » puisque les interprètes authentiques désignent certains droits comme étant fondamentaux. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il existe un concept qui puisse guider l'identification de la

---

<sup>1</sup> O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'institut Villey », *Jus Politicum* [en ligne], n° 5.

<sup>2</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 28 ; X. Dupré de Boulois, « Existe-t-il un droit des libertés ? », *RDLF* [en ligne], 2017, n° 4.

<sup>3</sup> Que signifie fondamental ? « - Important, qui est cependant trop banal et trop plat pour être utilisé à cet effet ; - prééminent, qui toutefois indique déjà trop directement l'effet recherché pour pouvoir le justifier de façon externe ou antérieure ; - essentiel, qui est de fait excellent, parce que l'essentialité impose nécessairement l'effet, sans avoir toujours à se démontrer davantage, tout comme fondamental... » (E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 8).

<sup>4</sup> P. Wachsmann, « L'importation de la notion de "droits fondamentaux" en France », *RUDH*, 2004, p. 40.

notion<sup>1</sup>. Il est vrai qu'à défaut d'un concept stable et élaboré, la communauté d'interprétation du discours juridique peut se satisfaire de critères d'identification<sup>2</sup>. Ces critères ont généralement trait, alternativement ou simultanément, aux sources formelles, à l'objet des droits, aux types de destinataires, voire à l'application d'un régime spécifique. Ce qui ferait, tautologiquement dit-on, entrer le régime dans la caractérisation de la notion.

96. En réalité, et de manière tout à fait logique, le concept de fondamentalité dépend de représentations plus générales et, en dernier ressort, du cadre théorique d'analyse. Il faut dire que la majorité des tentatives de conceptualisation du phénomène se rattache à des discours, puis des disciplines, constitutionnalistes ou de sciences politiques. Ce fut le cas lors des premières grandes réflexions théoriques sur la question, notamment au XX<sup>e</sup> siècle quand les éminentes figures du droit public français se disputèrent à propos de la valeur juridique de la DDHC<sup>3</sup>. Dès lors, les droits fondamentaux furent essentiellement pensés au travers de l'institution étatique et de la norme constitutionnelle<sup>4</sup>. R. Carré de Malberg, par exemple, envisageait de tels droits selon sa doctrine de l'État et de la souveraineté nationale<sup>5</sup>. Du fait de l'évolution de ses manifestations phénoménales, et sans doute aussi au regard de sa dimension idéologique, la fondamentalité a ensuite été un objet d'étude particulier dans toutes les disciplines juridiques, spécialement celles tournées vers l'europanisation et

---

<sup>1</sup> « En réalité, cette liste [des droits fondamentaux] n'est pas seulement incomplète, approximative ou désordonnée ; elle est viciée, dans la mesure où elle n'indique pas quel est le *principe* de sa constitution, de sorte que, dans cette doctrine, les droits fondamentaux ne forment pas une véritable catégorie juridique ni même un concept : c'est à peine une notion floue ou vague. Mais c'est peut-être là sa nature et sa force » (E. Picard, « Droits fondamentaux », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003, p. 548).

<sup>2</sup> J.-F. Lachaume, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, p. 92.

<sup>3</sup> A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, préc., pp. 561 et s. ; R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, préc., pp. 579 et s. ; M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1930, pp. 241 et s. Mais aussi des figures de la doctrine allemande notamment, à l'image de la controverse entre G. Jellinek (*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, Paris, 1902) et E. Boutmy (« La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de sciences politiques*, t. 17, 1902, pp. 419-443).

<sup>4</sup> « Ayant une valeur juridique, les déclarations de droit ont une valeur constitutionnelle. Sans doute, elles ne sont pas incorporées au texte même de la constitution, elles lui servent de préambule, mais cela signifie qu'elles contiennent des principes constitutionnels supérieurs à la constitution écrite (...). Ces principes des diverses libertés survivent avec leur valeur constitutionnelle, en tant que principe, malgré le silence gardé par notre constitution actuelle ; ils font partie de la légitimité constitutionnelle » (M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, préc., cité par X. Bioy, « Qu'appelle-t-on "droits fondamentaux" ? » (Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ?), *Politeia*, déc. 2016, n° 30, p. 222).

<sup>5</sup> R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État (1920-1922)*, préc., pp. 236 et a. Réciproquement, aujourd'hui, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales » (V. Champeil-Desplats, *Jus Politicum* [en ligne], 2012, n° 8).



l'internationalisation du droit positif français. En tout état de cause, il est généralement fait œuvre d'une approche sectorielle des droits fondamentaux, fonction d'une théorie générale de l'État, du droit, ou encore du pouvoir. Bien évidemment, les trois s'autoconstituent, néanmoins dans le cadre d'une démarche juridique, il s'agira de s'intéresser particulièrement aux conceptions des droits fondamentaux selon différentes ontologies du droit (1). Or, quand bien même la communauté d'interprétation s'accorderait sur une même essence du phénomène juridique, et si tant est que cela soit nécessaire, le concept de fundamentalité n'en serait pas immédiatement reconnaissable (2).

1) *Une conception de la fundamentalité dépendante d'une conception générale du droit*

97. La recension des différentes conceptions de la fundamentalité, qui recoupe des conceptions différentes du droit en général, a déjà été entreprise par les juristes théoriciens. Pour V. Champeil-Desplats, il y en aurait précisément quatre<sup>1</sup>.

(1) Une première conception serait *axiologique*, les droits sont fondamentaux parce qu'inhérents à la nature humaine, à « l'homme en tant qu'il est homme »<sup>2</sup>. Cette conception peut aussi se défaire des représentations essentialistes, dès lors que les droits fondamentaux ne sont pas constitutifs de la nature de l'Homme, mais de son existence<sup>3</sup>. Les conséquences médiates sont les mêmes, de tels droits bénéficient à tous sans distinction, sans discrimination primaire<sup>4</sup>. De même, pour J. Habermas, les droits fondamentaux sont ceux dont les enjeux se soumettent à un test d'universalisation<sup>5</sup>. L'infrastructure de la fundamentalité apparaît au droit positif de manière transparente, et la qualité de « droit fondamental » est déduite d'une série de jugements de valeur<sup>6</sup>. Cela n'équivaut pas à dire que la fundamentalité en est un simple agrégat. Si la

---

<sup>1</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 58.

<sup>2</sup> R. Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », dans *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 236 cité par V. Champeil-Desplats, « La notion de “droit fondamental” et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323.

<sup>3</sup> Pour X. Bioy « serait fondamental un droit qui garantit l'existence (et non pas l'essence comme la doctrine jusnaturaliste le dit) du sujet de droit comme individu doué de volonté et de libre arbitre » (*Droits fondamentaux et libertés publiques*, préc., p. 99). Ce qui n'empêche pas ici l'héritage naturaliste de se déplacer vers l'enjeu du sujet de droit envisagé au travers du concept de personne humaine.

<sup>4</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », dans *Droit des libertés fondamentales*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 93. D'ailleurs, la première fois que le Conseil constitutionnel a utilisé le vocable de « droit fondamental » c'était à propos des étrangers (CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC, § 3).

<sup>5</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 184.

<sup>6</sup> V. Champeil-Desplats, « La notion de “droit fondamental”... », préc., p. 325.

valeur a une dimension attractive et repose sur un complexe de relations de préférence, la disposition normative de la fundamentalité, elle, est contraignante, et sa validité est binaire<sup>1</sup>. La norme n'est pas assimilable à la valeur, mais la valeur peut être la raison de la norme. En ce sens, la Cour suprême indienne considère qu'un droit devient fondamental parce qu'il a une valeur fondatrice<sup>2</sup>, comme une intuition irréductible de la fundamentalité. La conception axiologique favorise les analyses sur le rôle matriciel du concept de dignité de la personne humaine<sup>3</sup>, et généralement sur le rôle des *principes* en droit. *A priori*, selon une telle conception, il ne devrait pas y avoir d'obstacles théoriques insurmontables à reconnaître que le concept de l'abus de droit fondamental est avant tout un principe de justice<sup>4</sup>. D'une certaine façon, ici, les droits fondamentaux poursuivent la *narration*<sup>5</sup> du discours des droits de l'homme.

(2) Une conception *formelle* est ensuite envisagée. Elle ne renie évidemment pas le domaine matériel des droits fondamentaux, mais lie cette matérialité à une *structure de prévalence* et un *mécanisme de dérogation*. Pour O. Pfersmann, un système juridique comprendra des droits fondamentaux :

- « Si et seulement s'il existe des rapports normatifs satisfaisant aux quatre conditions suivantes :
- 1) il existe des permissions (« DF » au sens étroit) au bénéfice de toutes les personnes (relevant du système) en règle générale, et au bénéfice des classes les plus générales de personnes à titre exceptionnel (les « bénéficiaires ») ;
  - 2) les normes législatives et les normes infralégislatives, ainsi que les actes de même contenu qui ne sont pas encore des normes valides, abolissant ces permissions ou les limitant dans une mesure allant au-delà d'un certain minimum déterminé par la compréhension habituelle du concept de comportement en question, sont considérées comme fautives ;
  - 3) il existe un organe juridictionnel de contrôle habilité à annuler des normes fautives au sens de la condition 2) ou d'empêcher que des actes ayant une telle signification puissent devenir des normes du système ;

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 278.

<sup>2</sup> « A right becomes a fundamental right because it has foundational value » (Supreme Court of India, 19 oct. 2006, *M. Nagaraj & Others vs Union Of India & Others*. Author : S.H. Kapadia).

<sup>3</sup> Rappelant par-là une conception de la dignité humaine, L. Ferrajoli définit les droits fondamentaux comme « tous les droits subjectifs qui appartiennent universellement à tous les êtres humains en tant qu'ils sont dotés d'un *status* de personne, de citoyens ou de personne capable d'agir ». L'auteur prétend pourtant que cette définition est « purement formelle ou structurelle » (« Diritti fondamentali », dans *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Rome-Bari, Laterza, 2001, pp. 5-6 cité par V. Champeil-Desplats, « Identifier un concept unique de "droits fondamentaux" ? », *RFDC*, 2019/4, n° 120, p. 873).

<sup>4</sup> *Infra.* §§ 314 et s.

<sup>5</sup> B.S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications, Mereyside, 1988.

4) il existe des organes habilités à saisir l'organe juridictionnel de contrôle en cas de violation (les « titulaires ») »<sup>1</sup>.

En somme, les droits fondamentaux « sont des structures juridiques liant des permissions consacrées par des normes de rang élevé à une protection juridictionnelle contre des violations par des normes de rang inférieur et des comportements imputables à des organes habilités à concrétiser de telles normes »<sup>2</sup>. Cela est connu, la conception formelle est une démarche externe qui a pour volonté de décrire logiquement le droit positif d'après une lecture systémique, fondée notamment sur une hiérarchie des modes de production normative. Les droits fondamentaux sont logiquement ceux qui sont inscrits au sein des plus hautes sources normatives de l'ordre juridique, nécessairement supralégislatives. Aussi, dans un État fédéral, les droits fondamentaux sont garantis au niveau fédéral. Sous ce panorama, la fundamentalité est étroitement associée au constitutionnalisme moderne. La conception formelle reste donc aussi fidèle au discours des droits de l'homme. Ces droits sont simplement envisagés en tant qu'objet proprement juridique, rejetant ainsi les lectures politiques ou morales, sans préjuger du fait que la conception formelle puisse effectivement se défaire des présupposés du libéralisme politique. Les droits fondamentaux seraient juridiquement des normes, et nécessairement des normes de permission<sup>3</sup>. Ce qui exclut la possibilité qu'ils constituent des garanties objectives<sup>4</sup>. L'ambition théorique de cette conception est la caractérisation de l'objet « droits fondamentaux » en tant que structure normative commune à l'ensemble des ordres juridiques. Si cette conception radicalement stipulative a comme vertus épistémiques la clarté et la cohérence, il n'est pas certain qu'elle saisisse la spécificité de la fundamentalité ainsi que l'étendue de son influence<sup>5</sup>. *A priori*, également, et non sans une certaine simplification, la lecture formelle peut difficilement concevoir une notion telle que l'abus de droit fondamental, par laquelle l'interprète authentique, au terme d'une contextualisation concrète constitutive de la norme

---

<sup>1</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », préc., p. 75.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>3</sup> « Cela n'aurait pas grand sens de nommer « droits » des normes qui relèveraient du mode déontique de l'obligation ou de l'interdiction » (O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie... », préc., p. 109).

<sup>4</sup> En contradiction apparente avec la définition proposée dans le même manuel, qui présente les droits fondamentaux « à la fois comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupes d'individus), bénéficiant des voies et mécanismes de garantie de la primauté des normes constitutionnelles » (*Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 60).

<sup>5</sup> La conception formelle est notamment problématique lorsqu'il s'agit d'envisager les effets horizontaux directs des droits fondamentaux, sans faire intervenir de normes supplémentaires pour ces exigences juridiques particulières. Si la loi impose des obligations aux tiers, ce qui a pour conséquence de produire des effets horizontaux *indirects*, le constituant, lui, devrait introduire directement des effets horizontaux *additionnels* (O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie... », préc., pp. 106-107).

produite, se réfère explicitement aux finalités du discours de la fundamentalité, voire aux valeurs qui lui sont inhérentes<sup>1</sup>.

(3) La conception *structurelle* des droits fondamentaux. La thèse ici avancée est que les droits fondamentaux sont au fondement du droit, ils en forment les marqueurs identitaires. Ils constituent une forme de positivité du droit naturel<sup>2</sup>. L'expression, volontairement paradoxale, vise ces références suprapositives d'ordre axiologique qui se réalisent dans le droit par l'intermédiaire des droits fondamentaux<sup>3</sup>. Cette conception est entretenue par la dogmatique du discours juridique, celle des interprètes authentiques et de la doctrine, et sert inévitablement la normativité de tels droits. La thèse qui envisage les droits au fondement des grandes structures de l'ordre juridique<sup>4</sup> n'est d'ailleurs pas sans rappeler les lectures *institutionnalistes* du phénomène de la fundamentalité, pour lesquelles « les droits individuels servent de fondement aux institutions libérales et les rendent prévisibles »<sup>5</sup>. Sans doute faut-il retenir de cette conception, la relativisation opportune entre subjectivisme et objectivisme. La lecture discursive de la fundamentalité reprend cette logique des droits en tant que *système*, et c'est justement ce système que la notion de l'abus de droit fondamental a vocation à protéger<sup>6</sup>.

(4) La dernière conception identifiée par V. Champeil-Desplats est dite *commune*. Les droits fondamentaux constitueraient une notion commune à plusieurs ordres juridiques nationaux, régionaux et international, exprimant des valeurs semblables, des idéaux partagés. En droit positif, cette conception est nourrie par le rapprochement matériel opéré par les juridictions des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, entre les sources normatives formelles ou leur interprétation. La lecture discursive prend également pour objet cette disposition dialogique du langage de la fundamentalité.

**98.** De cet exposé rapporté, il ne faudrait pas déduire que les conceptions s'opposent nécessairement entre elles. Les propositions formelles et axiologiques peuvent notamment être

---

<sup>1</sup> *Infra.* §§ 345 et s.

<sup>2</sup> C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit...*, préc., p. 285.

<sup>3</sup> A. Ollero-Tassara, *Droit « positif » et droits de l'homme*, Bière éd., 1997, p. 155 : « tout texte constitutionnel se réfère implicitement à une théorie de la justice, plus ou moins définie, qui convie à la traduire dans la pratique. Il n'y aura donc pas une protection juridique authentique des droits de l'homme sans un éclaircissement de la théorie de la justice qui sert de fondement ».

<sup>4</sup> E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc.

<sup>5</sup> X. Bioy, « Qu'appelle-t-on “droits fondamentaux” ? », préc.

<sup>6</sup> *Infra.* §§ 354 et s.

réunies. Telle est l'approche de X. Bioy, dont la lecture « herméneutique » de la fundamentalité met en exergue la façon dont celles-ci s'appuient, justement, l'une sur l'autre<sup>1</sup>. Les normes juridiques, en particulier constitutionnelles, expriment des valeurs qui commandent la structuration du système juridique, et sont réceptionnées comme telles par les interprètes du droit. Autrement dit, les droits fondamentaux formulent « une axiologie normative qui structure l'ordre juridique et qui est destinée à servir de principe d'action à tous les pouvoirs constitués »<sup>2</sup>. L'axiologie constitutionnelle portée par le discours de la fundamentalité est logiquement garantie par des mécanismes institutionnels et procéduraux qui assurent sa diffusion et sa prééminence<sup>3</sup>. Il n'est donc pas blasphématoire de réunir les conceptions matérielles et formelles si l'on conçoit pragmatiquement que le fondement d'un ordre juridique est précisément sa finalité normative, et que cette finalité est poursuivie nécessairement selon certains engagements axiologiques. L'on en arrive tout naturellement à la conception structurelle, lorsque les droits fondamentaux sont ceux « sans lesquels un système juridique, un sous-système ou un élément du système perdrait non seulement sa cohérence, son mode de fonctionnement, mais surtout son existence spécifique, son identité »<sup>4</sup>. À l'échelon d'une communauté juridique internationale, la lecture structurelle devient commune. Ainsi, les diverses conceptions des droits fondamentaux ne sont pas contradictoires, elles se positionnent seulement à différentes progressions d'un même phénomène. Ici encore, il s'agit d'un enjeu de localisation. Institution, forme et matière, le concept de discours lie les trois selon une architecture institutionnelle complexe qui délivre formellement un message de nature normatif au sein d'une communauté d'interprétation, et en vertu d'un certain ordre de représentations.

99. Du reste, l'hypothèse du discours en action est explicative de ce que la fundamentalité est une réalité juridique observable, alors même que ses interprètes, qui *façonnent* cette réalité, en ont des conceptions différentes. Il s'avère que la question de l'ontologie reste un enjeu théorique qui n'est manifestement pas déterminant du bon fonctionnement du phénomène juridique. La fundamentalité n'a effectivement pas attendu l'éclairage ontologique pour induire des dispositions à agir au sein de la communauté

---

<sup>1</sup> « Le droit positif donne, avec les droits intangibles, l'absence de discrimination tenant au sujet, et l'absence de renonciation possible, un indice de cette rencontre entre forme et matière » (X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préc., p. 98).

<sup>2</sup> P. Comanducci, *Assagi di metaetica due*, Torino, G. Giappichelli editore, 1998, pp. 100 et s. cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 64.

<sup>3</sup> A. Papatolias, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2000, cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 173.

<sup>4</sup> V. Champeil-Desplats, « La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français », préc., p. 325.

d'interprétation du droit. Ses interprètes, qu'ils se placent du point de vue interne ou externe, ont conscience de leur rôle *au sein* du phénomène juridique, sans nécessairement appréhender l'essence du phénomène en tant que tel. Il est vrai que l'interprète authentique, lorsqu'il accomplit sa fonction normative, est relativement indifférent aux œuvres théoriques par trop statiques. En réalité, le problème qui persiste à une représentation consensuelle de la fondamentalité est que la diversité des interprètes qui manipulent le concept n'ont pas eux-mêmes, nécessairement, une conception similaire de ce qu'ils doivent en faire, non pas en raison d'une ontologie du droit – *ce qu'est la fondamentalité* – différente, pour beaucoup ils ne se posent pas la question, mais du fait d'une culture des droits – *ce que l'on fait avec la fondamentalité* – qui n'est pas absolument identique.

## 2) Une conception de la fondamentalité dépendante de la culture juridique de l'interprète

**100.** Selon la conception formelle de l'ordre juridique, la question de la fondamentalité requiert une appréhension préalable des sources normatives de tels droits. Au sein de l'ordre juridique français, ces sources ne manquent pas. Entre la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le bloc de constitutionnalité et les déclarations internationales diverses, l'on se retrouve plutôt confronté à un « embarras de richesses »<sup>1</sup>. Cette identification est importante pour les normativistes parce qu'il en résulte des conséquences juridiques au niveau procédural. Ainsi, sont fondamentaux les droits qui font l'objet d'une protection spéciale, qui sont garantis par des mécanismes procéduraux particuliers, à l'image du recours constitutionnel en Allemagne [*Verfassungsbeschwerde*] ou du recours d'*amparo* en Espagne. À première vue, les sources normatives de droits fondamentaux ont effectivement leurs recours particuliers au sein de l'ordre juridique français : un recours juridictionnel classique assorti de la possibilité d'une question préjudicielle s'agissant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la QPC pour les sources constitutionnelles de droits, la requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme, mais aussi les différentes saisines individuelles devant les comités européens et internationaux de protection des droits de l'Homme, ou encore la procédure utile, rapide et effective du référé liberté lorsque l'atteinte présumée à une liberté

---

<sup>1</sup> C. Kohler, *Vom EuGVÜ zur EuGVVO : Grenzen und Konsequenzen der Vergemeinschaftung*, dans : Schütze (éd.), *Einheit und Vielfalt des Rechts. Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag*, Munich (C.H.Beck), 2002, p. 375 cité par C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2019, n° 2, pp. 69-80.

fondamentale est le fait d'une personne morale de droit public ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public. Bien sûr, la prégnance de la fundamentalité sur le contentieux dépasse le cadre de ces saisines spécifiques, du fait notamment du contrôle de conventionnalité par le juge de droit commun. Le droit au recours est une garantie objective de l'application du discours de la fundamentalité<sup>1</sup>, lequel est désormais invoqué par différents moyens<sup>2</sup>, selon des sources et des échelons normatifs éparpillés.

**101.** Par ailleurs, la nature du recours n'est pas déterminante. Chaque interprète authentique se réfère, plus ou moins formellement, à la pratique normative de ses homologues. Ce « cosmopolitisme normatif »<sup>3</sup> en matière de fundamentalité accroît logiquement la liberté d'interprétation du juge. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, fait un usage systématique des sources internationales et recourt à « la clause la plus favorable comme méthode générale d'interprétation ». De sorte que, selon F. Sudre, « examinant le corpus protecteur des droits de l'homme, pratiquant le cherry-picking, elle puise l'interprétation la plus protectrice »<sup>4</sup>. Les ordres juridiques de protection des droits de l'homme à l'échelle régionale et internationale concrétisent l'ambition universaliste de ce discours, tout en étant soumis à des enjeux interprétatifs contextuels. Nous y reviendrons, mais les observateurs du phénomène de la fundamentalité constatent aisément le rôle déterminant des interprètes authentiques dans la consistance normative de tels droits, notamment à travers le concept de l'abus de droit fondamental, lorsque ce n'est pas leur pure et simple découverte. Le processus d'interprétation s'accompagne alors, logiquement, de la manifestation de la culture juridique de l'interprète.

---

<sup>1</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222/84 ; Cour EDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/Pologne*, n° 30210/96.

<sup>2</sup> Bien sûr, la nature des certains recours en faisait déjà des outils de protection des libertés, avant même l'affirmation d'un discours de la fundamentalité. Ainsi, en 1929, G. Jèze affirmait-il que le recours pour excès de pouvoir est « l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés » (B. Stirn, « Niveaux de protection des droits fondamentaux » (Intervention à la Cour de justice de l'Union européenne), *Conseil d'État* [en ligne], Luxembourg, 5 déc. 2016). En 1950, le Conseil d'État en avait conscience (17 fév. 1950, *Ministre de l'agriculture c/Dame Lamotte*).

<sup>3</sup> F. Sudre, « Conclusions », dans *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales (Actes de colloque des 8 et 9 octobre 2015)* L. Burgorgue-Larsen, J. Andriantsimbazovina (dir.), Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2016, p. 252. Cette pratique est d'ailleurs conforme à la promesse du droit international formulée par la CIJ : « Tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu » (Avis du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour la États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276(1970) du Conseil de sécurité*, Recueil CIJ, 1971, § 53).

<sup>4</sup> F. Sudre, *ibid.*

**102.** La culture juridique de l'interprète se manifeste, en premier lieu, s'agissant *de la reconnaissance des droits fondamentaux*. Malgré des sources normatives identiques au sein d'un ordre juridique donné, les interprètes authentiques ne reconnaissent pas les mêmes droits comme étant fondamentaux. Dans le cadre du référé-liberté, le Conseil d'État a notamment reconnu comme libertés fondamentales : le droit à l'hébergement d'urgence<sup>1</sup>, le droit de grève<sup>2</sup>, le droit de mener une vie familiale normale<sup>3</sup>, le droit de bénéficier d'une scolarisation adaptée<sup>4</sup>, la libre administration des collectivités locales<sup>5</sup>, le droit à la protection des données personnelles<sup>6</sup>, soit un inventaire qui ne correspond pas exactement à ce qui a pu être dégagé par le Conseil constitutionnel ou encore la Cour de cassation<sup>7</sup>. Aussi, paradoxalement, le droit à la santé<sup>8</sup> et le droit au logement<sup>9</sup> ne sont pas au nombre des libertés fondamentales pouvant être invoquées pour cette procédure d'urgence. Il faut dire que les droits visés par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative sont dégagés au fur et à mesure par le Conseil d'État, sous le registre de l'évidence et sans explication réelle<sup>10</sup>. La Haute juridiction administrative se montre aussi réticente à multiplier les droits créances, sans garanties institutionnelles et financières qui les rendraient effectifs. On le voit, à travers l'enjeu de la reconnaissance des droits fondamentaux, l'interprète authentique peut répondre de manière pragmatique à des nécessités sociales et à des aspirations politiques, sinon fermer la porte à la protection de facultés d'action inédites ou au bénéfice de nouvelles prestations de la part de la puissance publique. L'enjeu est plus strictement juridique lorsqu'il s'agit pour le juge de circonscrire ou élargir son prétoire. À l'image du Conseil constitutionnel, considérant que le principe de libre consentement à l'impôt,

---

<sup>1</sup> CE, réf., 20 sept. 2012, n° 362750.

<sup>2</sup> CE, 9 déc. 2003, n° 262186.

<sup>3</sup> CE, 30 oct. 2011, n° 238211.

<sup>4</sup> CE, 15 déc. 2010, n° 344729.

<sup>5</sup> CE, 18 janv. 2001, n° 229247.

<sup>6</sup> CE, 18 mai 2020, n°s 440442 et 440445, § 6.

<sup>7</sup> S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, préc., pp. 14-15. Les auteurs relèvent ainsi que le Conseil constitutionnel distingue le droit de propriété, la libre communication des idées ou utilise l'expression « droits fondamentaux des étrangers ». La chambre sociale de la Cour de cassation développe, elle, une conception autonome des « libertés fondamentales du salarié », renvoyant notamment à la liberté syndicale ou d'expression, mais pas à la liberté vestimentaire ou au droit à l'emploi.

<sup>8</sup> CE, ord. 8 sept. 2005, n° 284803.

<sup>9</sup> CE, ord. 3 mai 2002, n° 245697, contrairement à ce que prévoit la loi (art. 1<sup>er</sup> de la loi du 6 juil. 1989) et ce que dit la Cour de cassation (Civ. 3, 22 oct. 2003, n° 02-14702) ou le Conseil constitutionnel (30 sept. 2011, n° 2011-169 QPC).

<sup>10</sup> V. Champeil-Desplats, « Étayer les justifications juridictionnelles de la protection des droits et libertés ? Les cas du référé-liberté et du contentieux constitutionnel », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 267. Le droit de solliciter le statut de réfugié est une liberté fondamentale « au sens » de l'article L. 521-2 (CE, ord., 12 janv. 2001, n° 229039), ce qui n'est pas le cas du droit au logement (CE, ord., 3 mai 2002, n° 245697).



pourtant garanti par l'article 14 de la DDHC, n'institue pas un droit que la Constitution garantit<sup>1</sup>, au contraire du principe de laïcité<sup>2</sup> notamment.

**103.** La culture juridique de l'interprète est remarquable, en second lieu, quant à *la protection des droits fondamentaux*. L'étude *a posteriori* des conflits de droits illustre, selon les juridictions saisies, des interprétations divergentes d'énoncés identiques, des différences de méthode dans la résolution d'un litige, l'utilisation de concepts autonomes, la portée inégale accordée aux normes objectives de limitation (ordre public, intérêt général, santé publique...), l'intensité dissemblable du contrôle, etc. Or, ce contexte de mobilisation du concept de fondamentalité est déterminant du point de vue de sa signification. La fondamentalité peut donc faire l'objet de conceptions différentes selon l'interprète agissant, mais aussi, et pour les mêmes raisons, selon les droits mobilisés et les structures conflictuelles envisagées (hiérarchie matérielle et dynamique entre les droits fondamentaux eux-mêmes). En même temps, la pratique jurisprudentielle au niveau des systèmes régionaux de protection, comme des juridictions nationales, témoigne d'une interpénétration matérielle dans la concrétisation des droits. Tout ceci laisse à penser que la pratique de la fondamentalité, et donc sa conception d'un point de vue pragmatiste, est en constante évolution ; ce qui n'est évidemment pas sans incidence en vue de la compréhension du concept de l'abus de droit fondamental. Par ailleurs, s'il y avait déjà une proximité matérielle évidente entre les différentes déclarations de droits<sup>3</sup>, sans doute est-ce le signe qu'une conception générale de la fondamentalité, bien que vague, s'épanouit au sein du phénomène juridique contemporain. D'ailleurs, si le concept est tant critiqué, jusqu'à la volonté de le neutraliser, c'est bien qu'il est efficient et qu'il produit des effets concrets en droit positif.

---

<sup>1</sup> CC, 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, § 4.

<sup>2</sup> CC, 21 fév. 2013, n° 2012-297 QPC, § 5.

<sup>3</sup> Outre les proximités rédactionnelles formelles et matérielles, les Préambules des grandes Conventions régionales de protection des droits de l'homme (Convention ADHP ; Convention EDH et Convention ADH) font tous référence à la DUDH. En Europe, l'article 52 de la CDFUE fait directement référence à la Convention EDH et aux traditions constitutionnelles communes aux États membres.

## B. La critique du concept de la *fondamentalité*

**104.** La *fondamentalité* a de quoi surprendre la communauté d'interprétation du droit. Ses sources sont éclatées dans divers ordres juridiques, les mêmes faits suscitent des qualifications différentes selon les interprètes autorisés<sup>1</sup>, ces qualifications sont toutes juridiques, mais n'ont pas la même portée normative alors qu'elles relèvent d'énoncés identiques<sup>2</sup>, de sorte que l'on ne sait plus très bien quel est l'organe qui crée la norme et quel est celui qui l'applique<sup>3</sup>. La *fondamentalité* nous abandonne à ce paysage de la complexité, « où les règles semblent surgir de partout, à tout moment et dans tous les sens »<sup>4</sup>. Elle brouille les représentations juridiques classiques, transcende les contentieux et bouleverse l'univers conceptuel des matières du droit. Le champ d'application immense du concept, en sus de son caractère vague, a suscité les critiques des plus vigoureuses. L'approche en termes de droits fondamentaux ne porterait aucune explication réelle des enjeux juridiques, de la création normative à la résolution des conflits de normes.

« On peut être sceptique quant à l'intérêt que la notion présente au plan épistémologique, et ce, nonobstant son indéniable succès académique. Ne pouvant ignorer la contingence de leur objet d'étude, les juristes dogmatiques sont d'ailleurs acculés à une posture étonnante : scrutant les

---

<sup>1</sup> Le domaine où ce constat est le plus éloquent concerne sans doute la protection de la liberté de religion à l'échelle nationale, européenne et internationale (Sur l'affaire dite « Baby Loup » : Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369 vs. CDH, 24 sept. 2018, n° 2662/2015 ; Concernant l'interdiction du port du Turban sur les photographies d'identité : Cour EDH, 13 nov. 2008, *Shingara Mann Singh*, n° 24479/07 vs. CDH, 26 sept. 2013, n° 1928/2010 ; Concernant l'interdiction du port du niqab : Cour EDH [GC], 1<sup>er</sup> juil. 2014, *S.A.S c/France*, n° 43835/11 vs. CDH, 22 oct. 2018, n° 2807/2016. Outre les différences de solutions, il peut être constaté des différences de méthode de résolution, concernant aussi le port de signes religieux sur le lieu de travail : CJUE [GC], 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui & ADDH c/Micropole SA*, aff. C-188/15 vs. Cour EDH, 15 janv. 2013, *Eweida et autres c/Royaume-Uni*, n°s 48420 et a.).

<sup>2</sup> Cf. not., sur la réception en France des constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, S. Hennette Vauchez, « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], sept. 2018. Plus généralement, sur les enjeux de normativité dans le domaine du droit international des droits de l'homme, cf. not. P. Alston, *International human rights: texts and materials*, Oxford University Press, 2013.

<sup>3</sup> Pour l'ancien président à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le juge A.A. Cançado-Trindade, « d'aucuns pensaient que notre mission consistait uniquement à appliquer le droit, c'est-à-dire la Convention interaméricaine des droits de l'homme, mais fort heureusement c'est la conception que je défendais – à savoir qu'il nous incombait également de créer le droit – qui a fini par l'emporter » (« introduction », dans *Le droit international pour la personne humaine*, p. 55 cité par N. Aloupi, « L'approche positiviste : une critique contemporaine du droit international des droits de l'homme ? », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques*, préc., p. 113).

<sup>4</sup> M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994 cité par C.-A. Morand, « Régulation, complexité et pluralisme juridiques » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 620.

variations qui affectent le cours de leurs valeurs à l’instar de courtiers, ils se livrent à une exégèse frénétique de la jurisprudence, faisant leurs choux gras de nuances insignifiantes dans une perspective laborieuse où l’activisme exégétique tient lieu de pensée et l’actualité juridique de doctrine »<sup>1</sup>.

**105.** Au premier ordre de ces critiques, l’impossible systématisation du concept de droit fondamental, un « label incontrôlé »<sup>2</sup>, simple « pavillon qui recouvre des marchandises très diverses »<sup>3</sup>. Tandis que les déclarations internationales et européennes, générales et sectorielles, multiplient les droits proclamés, il persiste une infinité de critères pour classer les droits et libertés<sup>4</sup>, et en réalité, en leur sein, spécifier ceux qui seraient de véritables droits fondamentaux. En reprenant de nouveau une recension opérée par V. Champeil-Desplats<sup>5</sup>, on peut évoquer les critères : des sujets de droit (destinataire/titulaire, universalité/groupes sociaux déterminés...), des niveaux normatifs de reconnaissance (constitutionnel, international, législatif...), des sources et des fondements (droits naturels, moraux, éthiques, libertés publiques...), de l’objet des droits et libertés (droits civils, politiques, économiques, sociaux, culturels...), des finalités axiologiques (autonomie personnelle, solidarité, égalité, sureté), des types d’obligations impliquées (abstention, prestation, neutralité, proclamation), des destinataires des obligations (effets horizontaux, effets verticaux), des instruments et des procédures de garantie (droits indérogeables, droits restreints), des modalités de formulation des prescriptions (règles, principes, objectifs), du moment historique de formulation (première, deuxième, troisième voire quatrième génération). Autant de critères pour distinguer les droits, et finalement peu de raisons pour fonder ces critères. Comment, alors, spécifier les droits fondamentaux ? Tout ce qui peut garantir une liberté n’est-il pas en réalité fondamental<sup>6</sup> ? Même la rigoureuse approche normativiste aurait du mal à isoler les droits fondamentaux des autres droits subjectifs<sup>7</sup>. Le concept de fondamentalité serait devenu tellement attractif qu’il aurait perdu sa spécificité, et donc son utilité, celle de discriminer les droits les plus importants de l’ordre juridique afin de leur accorder une protection particulière. Alors, il est rassurant de voir dans l’inconsistance de

---

<sup>1</sup> A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », préc., pp. 69-70.

<sup>2</sup> N. Molfessis, « Droit fondamental, un label incontrôlé », *JCPG*, 2009, n° 25, p. 58.

<sup>3</sup> L. Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. XVIII.

<sup>4</sup> *Classer les droits de l’homme* E. Bribosia, L. Hennebel (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, 404 p.

<sup>5</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., pp. 213-214.

<sup>6</sup> *Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du comité consultatif constitutionnel*, Doc. fr., 1960, p. 105 cité par V. Champeil-Desplats, « La notion de “droit fondamental” et le droit constitutionnel français », préc., p. 326

<sup>7</sup> X. Bioy, « Qu’appelle-t-on “droits fondamentaux” ? », préc.

la fundamentalité une vertu<sup>1</sup>, mais au fond, l'hypertrophie du concept se fait au détriment de sa raison d'être, la radicalité. La fundamentalité serait au mieux inutile, au pire contradictoire.

« Par le développement continu des droits fondamentaux, à tous les étages de l'édifice juridictionnel, on en vient à la possibilité de plaider la cause des droits fondamentaux aussi bien, et avec autant de succès, devant le juge constitutionnel que devant le juge de première instance (...). Tout devient ainsi objet de droit fondamental, tout devient droit fondamental puisqu'il suffit qu'un juge le déclare ainsi »<sup>2</sup>.

**106.** Les interprètes authentiques ne contestent pas l'indétermination de la fundamentalité, et le Conseil constitutionnel de constater « le caractère large et indéterminé de la mention des “droits humains” et des “libertés fondamentales” »<sup>3</sup>. Pourtant, en droit particulièrement, le concept est normatif. La relativisation de la catégorie droits fondamentaux induit une relativisation de leur protection. L'appellation « droit fondamental » ne serait plus prise au sérieux, et loin d'exprimer les valeurs fondamentales et structurelles de l'ordre juridique, elle serait utilisée à tort et à travers, de manière consensuelle, esthétique ou instrumentale<sup>4</sup>. Pour N. Bobbio, « malgré toutes les tentatives d'analyse, *le langage des droits* reste très ambigu, peu rigoureux et souvent utilisé de manière rhétorique »<sup>5</sup>. La force centrifuge du concept de fundamentalité attire dans ses filets, désormais peu protecteurs, toute faculté d'action et même des garanties objectives. Logiquement, l'extension du champ d'application de la fundamentalité étend celui du concept de l'abus de droit fondamental. La question est

---

<sup>1</sup> E. Picard, « Droits fondamentaux », préc. : « La fundamentalité n'est jamais circonscrite, comme si sa vertu même consistait à ne pas l'être ».

<sup>2</sup> G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2006, p. 78.

<sup>3</sup> CC, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, § 13. Avec, comme implication normative concrète, le fait que « le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déférée [justement la protection de ces « droits humains » et « libertés fondamentales »], retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis ».

<sup>4</sup> Ainsi, la Cour de cassation qui emploie le qualificatif de fondamental s'agissant du droit de l'actionnaire de participer aux décisions des organes de la société (Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juil. 2005, n° 02-15.904), de la liberté « de toute personne de s'approvisionner chez un commerçant » (Com., 5 juil. 1994, n° 92-20.064 ; si bien, pour cette affaire, qu'il est particulièrement difficile de prouver l'abus de droit que constituerait le fait d'aller uniquement chez le concurrent) ou encore du droit du copropriétaire « de participer ou de se faire représenter à l'assemblée générale » de copropriété (Civ. 3<sup>e</sup>, 22 fév. 1989, n° 87-17.497).

<sup>5</sup> N. Bobbio, *Le futur de la démocratie* (1984), Paris, Éditions du Seuil, 2007, p. 31 (*Nous soulignons*, l'expression est effectivement significative si l'on défend une appréhension discursive de la fundamentalité).

sérieuse, « n’y a-t-il pas trop de droits fondamentaux »<sup>1</sup> ? Le concept est vaste au regard des prérogatives impliquées, des finalités poursuivies, mais également quant aux titulaires concernés, que l’on songe aux personnes morales<sup>2</sup>, à la nature, voire peut être demain aux animaux<sup>3</sup>. La fundamentalité hypertrophiée s’affranchit de son infrastructure, jusqu’à feindre de penser les droits sans l’homme<sup>4</sup>. En même temps, la conception matérielle et son absence de discrimination primaire sont mises à mal par l’exigence de citoyenneté dans le bénéfice de certains droits considérés comme fondamentaux<sup>5</sup>. À croire que le concept est arbitraire<sup>6</sup>, et qu’il n’offre plus de garantie spécifique pour les destinataires des normes, livrés à la balance précaire de leurs intérêts ; « un équilibre par micro-compromis toujours remis en cause »<sup>7</sup> qui favorise les situations abusives. « La casuistique de la fundamentalité tend alors inévitablement au nivellement des valeurs et à l’abolition de toute hiérarchie entre elles »<sup>8</sup>. Aussi, pour les promoteurs d’une conception structurelle des droits fondamentaux, il faudrait se résoudre à ce que la relativisation de la fundamentalité induise une relativisation des structures fondamentales de l’ordre juridique. Elle serait, sinon, le signe d’une rupture conceptuelle entre les droits fondamentaux et le fondement du droit. Cette dissociation est évidente pour les critiques les plus virulentes du concept, tant celui-ci réduirait les interactions juridiques entre individu, société et État, aux droits du premier, en faisant complètement abstraction de ses devoirs. Or, en épousant les structures du droit, l’idéologie portée par le concept de fundamentalité – ou son infrastructure – deviendrait totalitaire<sup>9</sup>, car insusceptible de séparation. La critique idéologique

---

<sup>1</sup> Selon l’intitulé d’une conférence prononcée par J.-M. Sauvé lors de la rentrée solennelle de la Faculté de droit de Montpellier, le 18 sept. 2012 (*Conseil-d’État.fr* [en ligne]).

<sup>2</sup> Cf. not. X. Dupré De Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales », dans *La personnalité juridique* X. Bioy (dir.), Toulouse, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole/LGDJ, 2013, pp. 203-219.

<sup>3</sup> G. Loiseau dénonce en ce sens « une déculturation des droits humains » (« Des droits humains pour personnes non humaines », *Recueil Dalloz*, oct. 2011, n° 37, p. 2558). Cf. not. CE, 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 446808, § 11 à propos du droit à la vie d’un chien.

<sup>4</sup> M. Altwegg-Boussac, « Les droits de la nature, des droits sans l’homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La revue des droits de l’homme* [en ligne], 17/2020.

<sup>5</sup> Tel est le cas en Allemagne pour la liberté d’association (art. 8, al. 1 LF), la liberté de rassemblement (art. 9, al. 1 LF), la liberté d’aller et venir dans le cadre du territoire fédéral (art. 11, al. 1 LF), la liberté professionnelle (art. 12, al. 1 LF) qui sont explicitement réservées aux citoyens allemands. Aussi, le juge des référés du Conseil d’État fait mention des « libertés fondamentales que l’ordre juridique de l’Union européenne attache au statut de citoyen de l’Union » (9 déc. 2014, n° 386029, § 5, publié au recueil Lebon). Effectivement, le chapitre V de la Charte consacre les « droits fondamentaux » liés à la citoyenneté dans l’Union.

<sup>6</sup> E. Picard, « Droits fondamentaux », préc.

<sup>7</sup> B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure*, Paris, LGDJ, 2015, p. 38.

<sup>8</sup> A. Troianiello, préc., p. 69.

<sup>9</sup> B. Mathieu, « Les droits fondamentaux ont-ils fait oublier l’intérêt général ? », préc., p. 281. Selon une perspective paradoxalement contraire, résolument libérale, F. Hayek a aussi dénoncé le totalitarisme des droits, en l’occurrence économiques et sociaux (*Droit, législation et Liberté*, préc., p. 125).

des droits fondamentaux rejoint logiquement celle des droits de l'homme. Elle résulte d'une posture méthodologique plutôt holiste<sup>1</sup>, et dénonce le subjectivisme de ces droits qui inverseraient le sens des fins et des valeurs<sup>2</sup>, comme un hymne à la « révolution égocratique »<sup>3</sup>. Les droits dits fondamentaux se légitimeraient par eux-mêmes, rompant les amarres avec un intérêt général devenu évanescent<sup>4</sup>. Plus loin, la « valeur des droits fondamentaux » l'emporterait sur la « valeur démocratique », au regard de l'influence croissante de l'activité juridictionnelle constitutionnelle et supra nationale<sup>5</sup>. Ici, la Cour EDH est particulièrement visée<sup>6</sup>. Ce « coup d'État de droit »<sup>7</sup> s'appuierait sur la fundamentalité en tant que phénomène *Counter-Majoritarian*<sup>8</sup>. Pourtant, et de manière nécessairement paradoxale, d'autres points de vue critiques pointent l'exagération de l'influence conceptuelle de la fundamentalité, en miroir de la surévaluation du rôle du juge dans le droit<sup>9</sup>. Il faut dire que la critique liée à la subjectivisation du droit ne date pas de l'avènement du juge avec le constitutionnalisme moderne, mais visait déjà, dans les années 1960, les droits subjectifs institués par le législateur<sup>10</sup>. Une critique déjà visible, en réalité, dans les premières réflexions relatives à l'abus de droit au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> X. Bioy, « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques*, préc., p. 154.

<sup>2</sup> A.-M. Le Pourhiet, « L'hégémonie des droits fondamentaux ou l'inversion des fins », *Politeia*, déc. 2016, préc., pp. 317 et s.

<sup>3</sup> A. Troianiello, préc., p. 68.

<sup>4</sup> F. Ost, M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau : Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 123.

<sup>5</sup> X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *Politeia*, préc., p. 305.

<sup>6</sup> Selon A.-M. Le Pourhiet, elle est « l'un des vecteurs principaux de ce triomphe des droits subjectifs sur le droit objectif qui aboutit à substituer les choix d'une aristocratie judiciaire à ceux des peuples des États-membres en imposant la satisfaction d'intérêts individuels ou minoritaires à la majorité démocratique » (« La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions*, 2018, p. 205). La passe d'armes juridictionnelle entre la Cour de cassation et la Cour EDH à propos de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger fait le chou gras de cette rhétorique antidémocratique, bien que le feuilleton ait trouvé sa fin apaisée (Cass. Ass., 4 oct. 2019, n° 10-19.053; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 déc. 2019, n°s 18-11.815 et 18-12.327).

<sup>7</sup> Expression par ailleurs de O. Cayla, « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, 1998, n° 100, pp. 108-133.

<sup>8</sup> En référence au *Counter-Majoritarian Difficulty* (A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), Yale University Press, 1986, 306 p.) désignant les études et controverses à propos de la légitimité démocratique d'un contrôle juridictionnel des lois (cf. not. J. Colón Ríos, « The Counter-Majoritarian Difficulty and the Road not Taken: Democratizing Amendment Rules », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 25 (1), pp. 53-78).

<sup>9</sup> X. Magnon, préc., p. 306.

<sup>10</sup> P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, préc., p. 121 ; Cf. en ce sens X. Dupré de Boulois, « La critique doctrinale des droits de l'homme », préc.

<sup>11</sup> *Infra.* §§ 211 et s.

**107.** *In fine*, outre ceux qui en négligent simplement le bien-fondé, le concept de la fondamentalité dépend inévitablement d'une conception préalable du droit en général ou de son propre rôle au sein du phénomène juridique. À dire vrai, la dogmatique juridique, sans prétention théorique, se contente habilement, ou devrait-on dire pragmatiquement, d'une caractérisation de la notion par le régime. Ainsi, seraient fondamentaux les droits qui déploient une protection spécifique. Le phénomène juridique étant quelque chose de complexe, il ne serait pas inutile que la définition pragmatiste soit un peu plus ambitieuse. Elle est, en réalité, déjà en action. Après avoir envisagé les problématiques de l'ontologie, de la culture, et finalement de la pertinence de ce concept juridique, la méthode pragmatiste est effectivement susceptible de proposer une approche englobante qui assimile la fondamentalité à un discours, dont les fonctions, au sein du phénomène juridique, peuvent être appréhendées. C'est au sein de ce discours de la fondamentalité qu'il pourra ensuite être étudié le concept de l'abus de droit fondamental.

## § 2. Les constituants discursifs de la fondamentalité

**108.** Maintes fois, fut soutenu l'idée selon laquelle la fondamentalité ne s'épuisait dans aucune source normative formelle<sup>1</sup>, et qu'elle n'était pas liée, logiquement, par l'assertion cognitive quant à leur hiérarchie<sup>2</sup>. Les interprètes spécialisés n'ont pas nécessairement attendu les sources textuelles pour participer à la construction de la fondamentalité. La CJUE et le Conseil d'État<sup>3</sup> recoururent aux principes généraux du droit, les juridictions des systèmes régionaux, comme les Cours constitutionnelles nationales, continuent à créer des droits qui ne sont pas formellement prévus<sup>4</sup>. Tout porte à croire que la fondamentalité a sa propre dynamique normative et son propre système de connaissance. Elle n'est pas que permissions d'agir, ou

---

<sup>1</sup> Not. D. Rousseau (dir.), *Désordres et reconstructions du droit sous l'effet des principes fondamentaux dégagés par les Cours suprêmes nationales et européennes*, Mission de recherche Droit & Justice, Paris, 2004 ; E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 3.

<sup>2</sup> G. Drago, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *RDA*, juin 2004, pp. 7-11. Et la Cour de cassation de considérer que « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété » (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2006, n° 05-14.774).

<sup>3</sup> Et B. Stirn de faire le lien entre valeurs fondamentales de l'ordre juridique et principes généraux du droit : « le Conseil d'État reconnaît expressément des principes généraux du droit qui, même sans texte écrit, *donnent force juridique à des valeurs fondamentales*, égalité, liberté, droit au recours, non rétroactivité, continuité du service public » (B. Stirn, « Niveaux de protection des droits fondamentaux », préc., *nous soulignons*).

<sup>4</sup> Cf. not. X. Bioy, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, n° 1, pp. 123-147.

normes, elle est aussi des méthodes, des lois interprétatives, des compétences<sup>1</sup>, des concepts, et en dernière analyse *des habitudes et des dispositions à agir pour sa communauté d'interprétation*. La fundamentalité se détache de la seule propriété des droits pour les transcender, et « ce n'est que par un raccourci de langage que l'on parle de droits fondamentaux ».

« Dès lors qu'il est maintenant clair que des droits, pourtant dits fondamentaux en raison de leur possible prévalence (ou dont la prévalence peut se voir assurée par la reconnaissance de leur fundamentalité), ne sont pas toujours prééminents en tous les aspects de leurs dimensions, cela oblige nécessairement à détacher, d'une façon ou d'une autre, la fundamentalité des droits qu'elle affecte : la fundamentalité, si elle se manifeste dans cette prééminence, alors que celle-ci n'est pas constante, ne doit pas se réduire à la seule prévalence du droit considéré, c'est-à-dire à son régime juridique ; elle justifie certainement cette prévalence lorsque celle-ci s'affirme, mais elle en est différente : elle se tient en amont de ses effets et ne se confond pas avec eux ; la fundamentalité n'est pas réductible au droit considéré, qu'elle marque simplement de son empreinte, le cas échéant. Ce n'est donc pas tant le droit qui est fondamental : c'est bien plutôt une fundamentalité qui le touche, mais qui le dépasse, une raison qui le fait prévaloir sans se dissoudre dans sa prééminence »<sup>2</sup>.

**109.** Mais quelle peut bien être la nature exacte de cette fundamentalité qui dépasse effectivement les droits ? L'hypothèse qu'il convient à présent de défendre est celle de l'assimilation du phénomène de la fundamentalité à un discours. Comme toute hypothèse scientifique, le choix opéré dépend d'une conception théorique préalable. Celle, en l'occurrence, de l'assimilation pragmatiste du phénomène juridique en général à une globalité discursive. Néanmoins, la lecture proposée ici de la fundamentalité, qui est loin d'avoir atteint le stade de la maturité, nous semble susceptible de clarifier un certain nombre de problématiques en la matière, auxquelles tout interprète du phénomène est confronté, quels que soient ses présupposés ou intentions. En l'occurrence, le discours de la fundamentalité peut être

---

<sup>1</sup> Des compétences qui peuvent être spécialement aménagées, comme en témoigne la notion juridique de « l'effectif » . Le Conseil constitutionnel affirme ainsi que « s'agissant d'une liberté fondamentale (...), la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (CC, 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, cons. 37 ; cf. égal. CC, 20 janv. 1984, n° 83-165 DC, cons. 42 ; CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 81). La compétence du législateur est orientée vers une habilitation à produire des normes qui garantissent une protection au moins équivalente à celle déjà existante pour la liberté en cause (G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, préc., pp. 461-462).

<sup>2</sup> E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 22.



appréhendé comme un arc conceptuel (A), biotope de l'abus de droit, qui institue une objectivité juridique et sociale (B).

### A. *L'arc conceptuel de la fundamentalité*

**110.** La fundamentalité constitue un discours au sein duquel le langage des droits n'est que la référence explicite<sup>1</sup>. Le discours a son propre domaine de validité (vérité ou fausseté), de normativité (inclusion ou exclusion) et d'actualité (la localisation des concepts)<sup>2</sup>. La structure discursive régularise les rapports entre des concepts qui lui *sont constitutifs*. L'activité discursive suppose effectivement, au sein de la communauté d'interprétation, des représentations communes et des concepts agissants. Ainsi, les concepts de proportionnalité, d'obligation positive, d'effet horizontal, de dérivation<sup>3</sup>, de précaution<sup>4</sup>, de prééminence du droit<sup>5</sup> et d'autres, mais aussi des concepts qui ne lui sont pas propres tels que l'ordre public, l'État de droit<sup>6</sup> et bien sûr l'abus de droit, sont inhérents au discours de la fundamentalité. Ils ne se surajoutent pas au phénomène, mais le *structurent*. Ils sont *le corps* de la fundamentalité. En particulier, la signification d'un droit fondamental dépend de la logique conceptuelle de

---

<sup>1</sup> La Cour EDH « n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme la seule référence pour l'interprétation des droits et libertés qui y sont consacrés (...). Elle dit depuis longtemps que l'un des principes essentiels en matière d'application des dispositions de la Convention est qu'elles ne s'appliquent pas dans le vide. (...) il faut, pour interpréter la Convention, rechercher le sens ordinaire à attribuer aux mots dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés (...). La Cour doit tenir compte de ce que le contexte de la disposition est celui d'un traité de *protection effective* des droits individuels de l'être humain et de ce que la *Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter en veillant à l'harmonie et à la cohérence interne de ses différentes dispositions* (...). Il faut aussi tenir compte de toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties contractantes, et la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante (7 janv. 2010, *Rantsev c/Chypre et Russie*, n° 25965/04, §§ 273 et 274, nous soulignons).

<sup>2</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., pp. 86 et s.

<sup>3</sup> Cour IADH, 31 août 2017, *lagos del Campo c./Pérou*, série C, n° 340. L'article 26 de la Convention américaine suppose, selon la Cour, que « les normes économiques et sociales » dérivent tant de la Charte de l'organisation des États américains que de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme. Par cette technique audacieuse de la dérivation, « c'est une somme inouïe de droits économiques et sociaux qu'elle [la Cour IADH] pourra, au fil des affaires, appréhender et protéger » (L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique », dans *Refonder les droits de l'Homme...*, préc., p. 225).

<sup>4</sup> Cf. not. A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, 2014, pp. 27 et s.

<sup>5</sup> Cf. not. Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, n° 4451/70 ; Le principe de prééminence du droit qui serait au fondement même de la Convention EDH selon X. Souvignet (*La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2012, 602 p).

<sup>6</sup> Auquel la Cour EDH associe le principe de prééminence du droit (22 juin 2004, *Pini et a. c/Roumanie*, n°s 78028/01 et a., § 107 ; 8 nov. 2007, *Lelièvre c/Belgique*, n° 11287/03, § 104).

proportionnalité. La proportionnalité acquiert un contenu substantiel<sup>1</sup>, constituant d'ailleurs un principe général du droit au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>2</sup>. La lecture pragmatiste revendique ainsi, au travers du discursif, la constitution mutuelle de la notion et du régime de la fondamentalité, comme la conception de l'ensemble des effets est la conception complète de l'objet. B. Stirn ne cache pas que le Conseil d'État, « retenant une acception à la fois large et autonome de la notion de liberté fondamentale (...), sans chercher à dégager de critère général, tient compte notamment de la *nature du droit en cause et de son niveau de protection* »<sup>3</sup>. Le régime juridique est donc moins la conséquence d'une caractérisation notionnelle préalable qu'une propriété du discours. Plus loin, sous le panorama discursif, les droits sont envisagés en relation, un langage indissociable qui intègre les modalités particulières de leur articulation comme constitutives d'un discours en application. Il s'agit de s'affranchir du pullulement conceptuel qui éloigne l'enjeu de l'articulation de celui de la fondamentalité, alors même que les distinctions entre « conciliation » des droits, « concordance pratique »<sup>4</sup>, « pondération ou balance des intérêts », « combinaison optimisante » sont autant de cogitations

---

<sup>1</sup> En témoigne la façon dont le Conseil d'État concilie l'exigence de neutralité religieuse dans les services publics avec le *principe de proportionnalité* des atteintes à la liberté de religion : « Cette application de l'exigence de neutralité religieuse dans le service public doit toutefois être conciliée avec le principe de proportionnalité au regard duquel la Cour européenne des droits de l'homme apprécie les restrictions portées à la libre manifestation des convictions religieuses » (CE, Ass., *Étude demandée par le Défenseur des droits*, 19 déc. 2013, p. 29, application de cette doctrine not. dans CE, 12 fév. 2020, n° 418299, *AJDA* 2020. 1076).

<sup>2</sup> Pour la CJUE, il ressort de la directive 2002/58 « que les États membres ne sont autorisés à prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des droits et obligations [prévus dans cette directive] que dans le respect des principes généraux du droit de l'Union, parmi lesquels figure *le principe de proportionnalité*, et des droits fondamentaux garantis par la Charte » (6 oct. 2020, *Privacy International, La Quadrature du Net e.a., French Data Network e.a., Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, aff. C-623/17, C-511/18, C-512/18, C-520/18, *nous soulignons*). Pour la doctrine spécialisée, « c'est l'œuvre entière de la construction juridique communautaire qui connaît aujourd'hui l'emprise du principe de proportionnalité » (P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 63). Cf. égal. A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014, 560 p.

<sup>3</sup> B. Stirn, *Les libertés en questions*, 11 éd., Paris, L.G.D.J., 2019, p. 130 (*nous soulignons*). Aussi, pour la chambre sociale de la Cour de cassation, les libertés fondamentales du salarié sont celles dont la violation entraîne la nullité du licenciement (caractérisation de la notion par le régime), ce qui est le cas du droit d'agir en justice (Soc., 6 fév. 2013, n°s 11-11.740 et a.), mais pas du droit au maintien dans l'emploi, pourtant prévu à l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, qui doit être concilié avec d'autres droits ou principes constitutionnels tels que la liberté d'entreprendre (Soc. 21 sept. 2017, n°s 16-20.270 et 16-20.277). De même, le Conseil constitutionnel détermine l'application de la « liberté personnelle » (art. 2 et 4 de la DDHC) ou de la « liberté individuelle » (art. 66 de la Constitution) selon la compétence des autorités (administratives ou pénales) qu'il consent à reconnaître et le niveau de protection impliqué qu'il décide d'accorder (application de la loi pénale, intensité du contrôle entre « mesures restrictives » de liberté et « mesures privatives » de liberté...). Cf. CC, 16 fév. 2018, n° 2017-691 QPC ; CC, 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC ; CC, 7 août 2020, n° 2020-805 DC (nuançant quelque peu la séparation des régimes).

<sup>4</sup> Cf. not. opinion partiellement dissidente commune aux juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens sous l'arrêt Cour EDH, 26 fév. 2002, *Fretté c/France*, n° 36515/97.

aussi complexes que brumeuses saturant la littérature juridique. D'un point de vue pragmatiste, la signification d'un droit est à chaque fois partiellement redéfinie selon la dynamique discursive de concrétisation qui intègre les exigences d'autres droits ou les impératifs de l'intérêt général *lato sensu* conformément à la méthode de proportionnalité<sup>1</sup>.

**111.** Le concept de discours signifie l'unité constituante entre le langage des droits et sa mise en œuvre. Il porte ainsi une *dimension engageante pour sa communauté d'interprétation*. La conséquence immédiate de cette représentation est que l'existence du discours de la fundamentalité dépend de son effectivité. La nécessité existentielle de l'effectivité pour le discours est explicative de l'interprétation évolutive et dynamique<sup>2</sup> des sources formelles de droits fondamentaux. L'activité des interprètes façonne le phénomène de la fundamentalité. En premier lieu, les organes régionaux et internationaux de protection des droits de l'homme qui initient et défendent leurs propres conceptions dans la mise en œuvre du discours. Les concepts élaborés par des interprètes audacieux se confortent entre eux afin d'assurer la survivance de la fundamentalité, voire étendre son influence. On sait comment le concept d'obligations positives vise à assurer l'effectivité des droits jusque dans les relations entre particuliers<sup>3</sup>. Il faut voir aussi la façon dont la Cour EDH a reconnu le droit à un environnement sain<sup>4</sup>, non prévu par le texte de référence, grâce à l'action conceptuelle des obligations positives autant, paradoxalement, qu'à sa « théorie de l'inhérence »<sup>5</sup>. Ce droit sera même considéré comme autonome par la Cour IADH, grâce à sa technique de la dérivation<sup>6</sup>. Les concepts de la fundamentalité se confortent entre eux tout en supposant, au préalable, l'unité fondamentale

---

<sup>1</sup> À cet égard, le discours de la fundamentalité a bien la propriété du droit, telle que l'appréhendait... M. Villey. Lorsqu'il disait que « le droit est œuvre du juriste, beaucoup plus libre qu'on n'imagine à l'égard des lois existantes ; œuvre incessante, qu'il doit refaire à l'occasion de chaque cas d'espèce » (« Compte rendu : L'essence du politique de Julien Freund », *APD*, t. 14, 1969, p. 346).

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 11 juil. 2002, *Goodwin c/Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 74.

<sup>3</sup> Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y c/Pays-Bas*, n° 8978/80. Notamment les mesures de prévention, cf. Cour IADH, 29 juil. 1988, *Velasquez Rodriguez c/Honduras*, série C, n° 4. La motivation de l'arrêt illustre bien toute l'implication de l'organe international de protection des droits de l'homme dans les enjeux de politiques publiques, en l'occurrence la lutte systémique contre les disparitions forcées.

<sup>4</sup> Cour EDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/Espagne*, n° 16798/90 ; Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva c/Russie*, n° 55723/00.

<sup>5</sup> H. Raspail, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales... », préc., p. 126. Cf. not. Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/Royaume Uni*, préc., § 76.

<sup>6</sup> Cour IADH, avis, 15 nov. 2017, *Obligations étatiques en relation avec l'environnement dans le cadre de la protection et de la garantie des droits à la vie et à l'intégrité personnelle – Interprétation et portée des articles 4 § 1 et 5 § 1 en relation avec les articles 1, § 1 et 2 de la Convention américaine des droits de l'homme*, OC-23/17. Cf. not. L. Burgorgue-Larsen, « Environnement et droits de l'homme. De l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Énergie – environnement – infrastructures*, Lexinexis, juin 2018, n° 6, p. 53.

entre les droits<sup>1</sup>, envisagés dans un même langage. Une lecture dynamique de la fundamentalité en tant que discours éclaire ainsi le phénomène d'interdépendance des droits<sup>2</sup> et relativise les typologies lacunaires, bien que pédagogiques, entre droits subjectifs et droit objectif<sup>3</sup>, droits substantiels et droits-garanties<sup>4</sup>, droits-libertés et droits-créances<sup>5</sup>. Plus encore, les obligations positives à la charge de l'État, qui doivent permettre aux droits de ne pas être « fictifs ou illusoires », mais « concrets et effectifs », convoquent les enjeux de politiques publiques au sein du discours de la fundamentalité. Le concept implique directement la mise en œuvre de mesures institutionnelles<sup>6</sup> ou procédurales de protection<sup>7</sup>. On retrouve toute la dimension engageante du discours de la fundamentalité pour sa communauté d'interprétation, par-delà certaines représentations statiques de la séparation des pouvoirs<sup>8</sup>. Les États ont à leur charge une triple

---

<sup>1</sup> Le concept d'obligation positive témoigne effectivement du dépassement de l'opposition théorique entre d'un côté, les droits civils et politiques et de l'autre, les droits économiques et sociaux (H. Raspail, préc., pp. 124 et s.).

<sup>2</sup> Pour la Cour EDH, « le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu (...). Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention (9 oct. 1979, *Airey c/Irlande*, n° 6289/73 ; Cf. égal. CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle D c/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. C-43-75 ; Cour IADH, 2 sept. 2004, *Instituto de Reeducación del Menor c/Paraguay*, série C, n° 112).

<sup>3</sup> *Infra.* §§ 204 et s.

<sup>4</sup> Les droits procéduraux tels que le droit au recours ou le droit à un procès équitable sont de fait substantiels pour un discours en application, dont l'existence dépend de l'effectivité. Ainsi l'article 6 de la Convention EDH est-il associé au principe de prééminence du droit (Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, § 34 ; Cour EDH [GC], 19 oct. 2005, *Roche c/Royaume-Uni*, n° 32555/96, § 116).

<sup>5</sup> Cf. not. C. Roulhac, *L'opposabilité des droits et libertés*, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 187 et s.

<sup>6</sup> La Cour IADH s'appuie sur l'article 1.1 de la Convention pour dégager une obligation de prévenir et d'informer les violations commises par des individus, qu'elle décline notamment en obligation d'enquête et de sanction (H. Raspail, « Effectivité des droits de l'homme... », préc., p. 136 ; cf. not. Cour IADH, 7 juin 2003, *Juan Humberto Sanchez c/Honduras*, § 112 ; 10 juil. 2007, *Cantoral Huamani et Garcia Santa Cruz c/Pérou*, § 146 ; 28 janv. 2009, *Perozo et al. c/Venezuela*, § 297). De son côté, la Cour EDH a pu considérer que « les obligations positives de l'État sont inhérentes au droit au respect effectif de la vie privée au sens de l'article 8 ; ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même dans la sphère des relations des individus entre eux (...). Les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, doivent bénéficier d'une protection effective » (26 mars 1985, *X et Y c/Pays-Bas*, préc., §§ 23, 24, 27). Pour caractériser les obligations positives de l'État dans une affaire où une enfant mineure a été tenue en état de servitude, la Cour rend contraignantes les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, laquelle prévoit en son article 19 : « Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence » (26 juil. 2005, *Siliadin c/France*, n° 73316/01, § 87).

<sup>7</sup> Pour la Cour EDH, des « obligations procédurales ont, dans divers contextes, été dégagées de la Convention lorsque cela a été perçu comme nécessaire pour garantir que les droits consacrés par cet instrument ne soient pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » ([GC], 27 juin 2000, *Ilhan c/Turquie*, n° 22277/93, § 91).

<sup>8</sup> Et la Cour constitutionnelle colombienne de considérer que la doctrine de la séparation des pouvoirs avait changé « de manière substantielle par rapport à sa formulation d'origine » si bien que « le juge peut se transformer en un instrument de pression face au législateur, de manière telle que si ce dernier ne veut pas voir son espace de décision envahi par d'autres organes, il doit adopter les obligations de développement légal qui correspondent » (Sentencia

obligation de respecter, de protéger et de réaliser les droits fondamentaux<sup>1</sup>. Ils ne doivent pas seulement garantir les droits *in concreto*, mais adapter leur droit interne *in abstracto* au discours de la fundamentalité<sup>2</sup>, quand bien même les victimes de la législation litigieuse ne seraient que potentielles<sup>3</sup> ou qu'elles ne se situeraient pas strictement sur le territoire de l'État concerné<sup>4</sup>. Le discours de la fundamentalité déploie ainsi son objectivité juridique et sociale.

## B. L'objectivité juridique et sociale de la fundamentalité

**112.** Les interprètes privilégiés et engagés de la fundamentalité, qui redéfinissent les obligations étatiques de manière extensive<sup>5</sup>, érigent le discours en modèle, en faisant des représentations bâties par une communauté de spécialistes les standards du système. La performativité du discours suppose justement de ne plus envisager les droits comme « des ensembles de signes (d'éléments signifiants renvoyant à des contenus ou à des représentations), mais comme des pratiques qui forment systématiquement les objets dont ils parlent »<sup>6</sup>. Dès lors, le caractère objectif des droits fondamentaux s'appuie sur un rapport pragmatique aux textes<sup>7</sup>,

---

T-406 du 5 juin 1992 citée par C.-M. Herrera, « Démocratie, pouvoir judiciaire, droits sociaux », dans *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux* C.-M. Herrera et S. Pinon (dir.), éd. Kimé, 2012, p. 63).

<sup>1</sup> Cf. not. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « La nature des obligations des États parties », *Observation générale n°3*, 1990.

<sup>2</sup> H. Raspail, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Paris, Dalloz, 2013, 586 p. Cour EDH [GC], 17 fev. 2004, *Maestri c/Italie*, n° 39748/98, § 47 : « il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci ». Les injonctions contentieuses de la Cour EDH pour adapter le droit interne au discours de la fundamentalité peuvent en réalité prendre deux formes. Dans le premier cas, une norme interne de l'État viole par elle-même la Convention (Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, n° 683374, cf. spéc. l'opinion dissidente du juge G. Fitzmaurice, § 28 ; Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/Royaume-Uni*, n°s 7601/76 et a. ; Cour EDH, 8 avril 2014, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et a. c/Hongrie*, n°s 70945/11 et a). Dans le second cas, c'est l'absence de législation qui est préjudiciable à l'application horizontale de la Convention (Cour EDH, *Siliadin c/France*, préc.). En ce qui concerne le système interaméricain des droits de l'homme, l'obligation d'adapter le droit interne à la Convention est directement prévue en son article 2 (« Obligation d'adopter des mesures de droit interne »).

<sup>3</sup> Sur un tel élargissement de l'intérêt à agir : not. Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/Royaume-Uni*, n° 7525/76 ; 26 oct. 1988, *Norris c/Irlande*, n° 8225/78 (concernant la législation réprimant les comportements homosexuels) ou encore Cour EDH, 6 déc. 2012, *Michaud c/France*, n° 12323/11 (concernant les obligations de déclarations de soupçon à l'égard des avocats).

<sup>4</sup> Sur l'application extraterritoriale de la Convention EDH, cf. not. Cour EDH, *Loizidou c/Turquie*, préc. ; 21 avril 2009, *Stephens c/Malte*, n° 11956/07 ; [GC], 16 sept. 2014, *Hassan c/Royaume-Uni*, n° 29750/09.

<sup>5</sup> F. Sudre, « Conclusions », préc., p. 265. Pour exemples, le droit à un environnement sain (*Lopez-Ostra c/Espagne*, préc.) ou le droit à la connaissance de ses origines (Cour EDH, 13 fév. 2003, *Odièvre c/France*).

<sup>6</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir* (1969), Gallimard, 2008, p. 71.

<sup>7</sup> « Mais, au lieu d'être comprise comme donnant au juge, en tout état de cause, le pouvoir de faire prévaloir, sur la base du droit, un droit fondamental que la lettre du texte ignorerait, la clause de fundamentalité conduit à

tandis que le vague conceptuel irréductible qui préside à certains droits<sup>1</sup> est utilisé pour renforcer l'influence de cette objectivité transcendante. La fundamentalité s'incarne dans des *principes*<sup>2</sup> comme dans des droits, susceptibles de s'appliquer *secundum legem, praeter legem* voire *contra legem*<sup>3</sup>. Le discours de la fundamentalité ne se réduit pas aux droits subjectifs avivés par les individus, il essaime également une normativité objective, parfois inatteignable à la justiciabilité subjective<sup>4</sup>, mais qui s'impose aux pouvoirs publics et à l'ordre juridique dans son ensemble<sup>5</sup>. C'est cette normativité objective de la fundamentalité qui anime, nous le verrons, le concept de l'abus de droit fondamental. Selon S. Touzé, « l'intérêt individuel sera dépassé par une approche générale imprégnée d'une conception objective d'un standard démocratique inhérent à la définition d'un ordre public européen que la Cour [EDH] prend soin

---

s'efforcer de justifier que ce soit le texte lui-même qui produise, tout ensemble, l'habilitation du juge, le droit considéré et son caractère fondamental lui-même : si l'on ne les trouvait pas dans le texte, c'est que l'on ne savait pas les y voir » (E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc.).

<sup>1</sup> Ainsi en est-il du « gouffre de la vie privée » (X. Bioy, « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'homme*, préc., p. 160). L'auteur recense ce qui relève de l'article 8 de la Convention EDH selon son interprète privilégié : la protection de la santé (6 fév. 2001, *Bensaid c/Royaume-Uni*), le droit de vivre dans un environnement sain (*Lopez Ostra c/Espagne*, préc.), le droit à un mode de vie traditionnel (18 janv. 2001, *Chapman c/Royaume-Uni*), le droit de se voir restituer le corps d'un membre de sa famille (30 oct. 2001, *Pannullo et Forte c/France*), le droit au nom (22 fév. 1994, *Burghartz c/Suisse*), le droit au prénom (24 oct. 1996, *Guillot c/France*), le droit de choisir son métier ou son domicile, le droit au suicide assisté, le droit à utiliser les techniques d'assistance médicale à la procréation, le droit d'adopter et la liberté de l'orientation sexuelle (22 janv. 2008, *EB c/France*), d'accoucher à domicile (14 déc. 2010, *Ternovszky c/Hongrie*), le droit à un dépistage prénatal (24 juin 2014, *A.K. c/Lettonie*), le droit de participer au choix du traitement médical après information (15 janv. 2013, *Csoma c/Roumanie*), de ne pas être filmé à l'Université (28 nov. 2017, *Antovic et Mirkovic c/Montenegro*), d'accéder aux données et que des métadonnées ne soient pas recueillies sans condition, à la prise en charge des frais de changement de sexe (8 janv. 2009, *Schlumpf c/Suisse*), le droit à l'oubli, le droit de nouer des relations personnelles, etc., voire le « droit à l'enfant » (1<sup>er</sup> avril 2010, *S.H et a. c/Autriche*).

<sup>2</sup> Une « expression normative alternative » de la fundamentalité selon l'expression de X. Dupré de Boulois (*Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 45). Sur le rôle du concept juridique de principe en droits fondamentaux, *infra*. § 227.

<sup>3</sup> S. Hennette Vauchez, D. Roman, préc., p. 15.

<sup>4</sup> X. Dupré De Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, préc., pp. 38 et s. Ainsi, les « droits de solidarité » (santé, éducation, travail, logement, etc.) sont pour beaucoup dépourvus d'effet direct, mais trouvent à s'appliquer dans le cadre du contentieux objectif des normes, comme l'atteste la jurisprudence des juges nationaux (à propos de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 : CC, 15 janv. 1975, n° 74-54 DC ; CE, 6 mai 2009, n° 312462) ou européens (Cour EDH, 10 fév. 1983, *Albert et Lecompte c/Belgique*, n°s 7299/75 et a., § 35 ; G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, pp. 45-46). *A contrario*, il est des principes constitutionnels qui peuvent constituer d'authentiques droits subjectifs, à l'image, selon le Conseil d'État, du principe de libre administration des collectivités territoriales (CE, 18 janv. 2001, n° 229247).

<sup>5</sup> Ainsi, les normes nationales doivent être conformes à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dès lors qu'elles entrent dans le vaste champ d'application de ce droit (CJUE [GC], 26 fév. 2013, *Aklgaren c/Hans Akerberg Fransson*, aff. C-617/10), tandis que les actes du droit dérivé de l'Union voient logiquement, aussi, leur validité appréciée à l'aune de la Charte, en tant qu'elle est incorporée au droit primaire (CJUE [GC], 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. C-293/12).

de développer dans le cadre d'un contrôle abstrait »<sup>1</sup>. Le concept de discours intègre cette objectivité de la fundamentalité, mise en valeur également par l'application du principe de dignité humaine avant la naissance et après la mort des bénéficiaires<sup>2</sup>, ou encore par l'enjeu de la renonciation aux droits<sup>3</sup>. Il ne peut être renoncé à certains droits, comme on ne peut se défaire d'un discours social structurel. En même temps, l'objectivité réelle de la fundamentalité – ou l'empire de ce discours – se manifeste par la propension des destinataires des normes juridiques à formuler leurs prétentions subjectives sous la forme de droits fondamentaux. Les contentieux concrets viennent nourrir la connaissance objective du système de la fundamentalité qui, à son tour, leur est applicable. « Ce va et vient est guidé à la fois par l'individualité des cas et par ce qu'il y a de commun avec tous les cas semblables »<sup>4</sup>. La connaissance du semblable est portée par l'objectivité dogmatique de la fundamentalité et sert son œuvre normative. Elle est permise par l'activité cognitive *au sein* du discours, qui est le fait de sa communauté d'interprétation. Liées par le discours, norme et connaissance bâtissent ensemble l'objectivité de la fundamentalité. L'interprète authentique se réfère d'ailleurs parfois explicitement, au sein du processus normatif concret, à des organes qui produisent de la connaissance sur les droits fondamentaux<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> S. Touzé, « Intérêt de la victime et ordre public européen », dans *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?* [Actes du colloque du 12 décembre 2014] J. Arletta et J. Bonnet (dir.), Paris, Pedone, 2015. Selon la célèbre formule de la Cour EDH, la Convention constitue « l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (*Loizidou c/Turquie*, préc.).

<sup>2</sup> Cf. not. en Allemagne : BVerfG, 24 fév. 1971, 1BvR 435/68, Recueil BVerfGE 30, 173 (spéc. 194) ; en France : CC, 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-674 DC (T. Hartleb, « Les effets préliminaires des droits fondamentaux dans le débat allemand sur la bioéthique », *RFDC*, 2021/2, n° 126, pp. 31-47 ; J. Leborne, « L'embryon et le fœtus, entre personne et chose, entre science et droit : des protections d'intérêts », *RGD* [en ligne], 2020, n° 51180, X. Bioy, *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2016, 184 p. ; M. Touzeil-Divina, M. Bouteille-Brigant, « Le droit du défunt », *Communications*, 2015/2, n° 97, pp. 29-43).

<sup>3</sup> Conformément à leur infrastructure, il est des droits fondamentaux dont on ne peut renoncer, des droits que l'Homme « ne peut aliéner à aucun prix, pas même pour sauver sa vie » (J. Bentham *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques*, préc., p. 251). Ainsi, en est-il en France de l'interdiction du suicide assisté ou de l'euthanasie. L'impossible renonciation à certaines prérogatives révèle les considérations d'intérêt général et d'ordre public inhérentes à la fundamentalité, tandis que la possible renonciation à d'autres facultés porte, contextuellement et à la condition qu'elle soit éclairée, sur les conditions d'exercice d'un droit, et non évidemment sur le droit lui-même, c'est-à-dire sa signification intersubjective au sein de la communauté de discours, qui n'est pas à la seule disposition du destinataire (cf. not. J. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux. Étude de droit français*, Paris, Pedone, 2016, 670 p. ; X. Bioy, « Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux », dans *Le Renoncement en droit public* N. Jacquinet (dir.), Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2021, pp. 147-175).

<sup>4</sup> P.I. André-Vincent, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit tome XVII, publié avec le concours du CNRS, 1972, p. 143.

<sup>5</sup> Not. Cour EDH, 30 mars 2017, *Chowdury c/Grèce*, n° 21884/15, § 104. Dans cet arrêt, la Cour affirme que les obligations positives qui pèsent sur les États en vertu de l'article 4 de la Convention doivent s'interpréter à la lumière de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (intertextualité au

**113.** L'objectivité du discours de la fundamentalité dépend aussi de l'emprise de son infrastructure sur l'imaginaire de sa communauté d'interprétation. En Europe, le discours des droits de l'homme a atteint une certaine maturité en ce qui concerne les droits civils et politiques, moins s'agissant des droits sociaux ou environnementaux<sup>1</sup>. Ce qui n'est pas le cas dans certains pays d'Amérique latine et d'Asie du Sud, ou en Afrique du Sud notamment, pour lesquels les droits sociaux ont une importance majeure<sup>2</sup>. Les jurisprudences de la Cour IADH et de la Cour EDH ne font d'ailleurs pas montre, sur ce point, de la même audace<sup>3</sup>. Si les juges en particulier font preuve d'un activisme dissemblable selon les droits en jeu, eu égard aux représentations distinctes en temps et en lieu que ces droits véhiculent au sein du discours de la fundamentalité, c'est avant tout parce que la communauté d'interprétation, et de concrétisation du discours, ne peut voir son activité réduite à des enjeux juridiques étroitement entendus. Les droits fondamentaux sont interprétés à l'échelle de la société dans son ensemble, et l'interprète juridictionnel est amené à dialoguer avec d'autres interprètes authentiques, de nature plus strictement politique. La marge nationale d'appréciation, le principe de subsidiarité, la modulation du contrôle d'opportunité ou de nécessité sont autant de méthodes et de concepts dialogiques au sein du discours. De même, il n'appartient pas aux seuls organes juridictionnels de produire une factualité sociale à leurs interprétations<sup>4</sup>. Le discours de la fundamentalité est

---

sein de la dynamique discursive) et « *de la manière dont l'interprète le GRETA* » (Le groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains). La Cour EDH se réfère également dans de nombreuses affaires aux travaux de la Commission de Venise (not. 24 fév. 2009, *Abramiuc c/Roumanie*, n° 42716/02).

<sup>1</sup> La Convention EDH ne prévoyait pas de droits sociaux au départ, tandis que les textes qui prévoient de tels droits au niveau international ou européen (PIDESC, Charte sociale européenne) sont dépourvus de système institutionnel d'application *efficace* (cf. not. L. Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales*, préc., pp. 176 et s.). Concernant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la protection des droits sociaux semble plus programmatique que réellement contraignante, not. CJUE [GC], 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale c/Union locale des syndicats CGT*, aff. C-176/12 (V. Parisot, « La charte des droits fondamentaux, un instrument inutile pour les travailleurs ? », dans *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Essai de bilan* A. Biad, V. Parisot (dir.), Bruxelles, Anthémis, 2018, pp. 367-411). Il reste l'audace des interprètes authentiques qui s'appuient sur la rhétorique de l'interdépendance des droits.

<sup>2</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme... », préc., pp. 219 et s.

<sup>3</sup> Cour IADH, 31 août 2017, *Iagos del Campo c/Pérou*, préc. ; Cour IADH, 30 nov. 2017, *Travailleurs licenciés de Petroperú et al. c/Pérou*, Série C, n° 344 ; Cf. égal. M. Rota, *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Analyse comparée de la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2018, 558 p.

<sup>4</sup> À un certain stade, le juge ne peut que constater l'inexécution de ses arrêts et la violation des droits fondamentaux se poursuivant. En ce sens, le symbolique arrêt Cour EDH [GC], 12 oct. 2017, *Burmych et a. c/Ukraine* (radiation), n° 46852/13. Outre l'enjeu de l'exécution des arrêts, les organes juridictionnels ne sont bien sûr pas les seules institutions de protection des droits fondamentaux (cf. not. D. Löhrer, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Thèse dactylographiée, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2013).



disputé, parfois précaire, il doit chercher son équilibre, un *infernal équilibre*<sup>1</sup>, entre audace de ses interprètes spécialisés et adhésion de la communauté d'interprétation dans son ensemble<sup>2</sup>. Ainsi, le dynamisme discursif de la fundamentalité ne préjuge pas de l'efficacité de son action ni de l'effectivité de son emprise sociale. Les temps actuels font plutôt craindre à de nombreux juristes une protection bien lâche des droits fondamentaux<sup>3</sup>. Pis, au sein d'un même ordre juridique, les valeurs structurantes de ce discours peuvent être contestées, et la communauté d'interprétation clairement fracturée. S'agissant de l'Union européenne, les exemples polonais et hongrois sont saisissants<sup>4</sup>, tandis que les politiques russes et turques en matière de droits de l'homme interpellent également pour ce qui est de l'ordre juridique de la Convention EDH<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme... », préc., p. 224.

<sup>2</sup> La Conférence de Brighton et le Protocole n°15 à la Convention EDH peuvent ainsi être perçus comme un retour politique de balancier. Tout comme la présidence danoise du Conseil de l'Europe en 2018 dont un projet de Déclaration prévoyait que « National authorities have democratic legitimacy and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions » (Projet disponible sur le site du Conseil de l'Europe, rapporté par L. Trigeaud, « Le droit international et régional des droits de l'homme face à l'argument souverainiste : réorganiser les mécanismes de protection ? », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 280).

<sup>3</sup> Not. M. Delmas-Marty, « Nous basculons vers un droit pénal de la sécurité », *Le Monde*, 23 oct. 2020. Sur l'appréhension du péril terroriste par le droit pénal, cf. le num. « Terrorismes », *Archives de politique criminelle*, 2016/1, n° 38, 282 p. Pour un exemple de contrôle restreint opéré par la Cour EDH en la matière: 25 juin 2020, *Ghouthi et a. c/France*, n°s 52273/16 et a.. Il faut dire que dans ce contexte d'incertitude sécuritaire, la juridiction européenne est régulièrement remise en cause par divers discours politiques.

<sup>4</sup> Dans ce qui est nommé communément « la crise de l'État de droit », concrétisée juridiquement par la procédure de l'article 7 du TUE et déclenchée contre la Pologne le 20 décembre 2017 ainsi que la Hongrie le 12 septembre 2018. Cf. not. CJUE, 6 nov. 2012, *Commission c/Hongrie*, aff. C-286/12 ; CJUE [GC], 18 juin 2020, *Commission c/Hongrie*, aff. C-78/18 ; CJUE [GC], 24 juin 2019, *Commission c/Pologne*, aff. C-619/18 ; CJUE [GC], 5 nov. 2019, *Commission c/Pologne*, aff. C-192/18 ; CJUE [GC], 8 avril 2020, *Commission c/Pologne*, aff. C-791/19 R. Mais aussi au sein de la Convention EDH : Cour EDH, 23 juin 2016, *Baka c/Hongrie*, n° 20261/12 (le Comité des ministres a rappelé à l'ordre la Hongrie relativement à l'exécution bien lacunaire de cet arrêt, cf. CM/Notes/1280/H46-15) ; Cour EDH, 16 juil. 2015, *Gazsó c/Hongrie*, n° 48322/12, etc. Il faut souligner également l'action d'autres interprètes institutionnels dans ces « conflits », la Cour constitutionnelle hongroise et le Tribunal constitutionnel polonais (neutralisés par le pouvoir politique), la Commission européenne (recommandation 2018/103 concernant l'état de droit en Pologne complétant des recommandations de 2016 et 2017) et le Parlement européen (avec comme dernier épisode le conditionnement du plan de relance au « respect de l'État de droit »), mais aussi la Commission de Venise (Avis 882/2017 ; 889/2017 ; 943/2018 ; 977/2020, etc.).

<sup>5</sup> Cf. not. Cour EDH [GC], 15 nov. 2018, *Navalny c/Russie*, n°s 29580/12 et a.. Les ingérences dans les libertés fondamentales de l'opposant politique M. Navalny poursuivaient déjà comme but inavoué, contraire notamment à l'article 18 de la Convention, celui « d'étouffer le pluralisme politique, qui est un attribut du régime politique véritablement démocratique encadré par la prééminence du droit, deux notions auxquelles renvoie le Préambule de la Convention » (§ 175). Suite à cette affaire, et après avoir été victime d'un empoisonnement à l'agent neurotoxique du groupe Novitchok qui l'a plongé dans le coma, M. Navalny a été condamné à une peine de trois ans et demi de prison pour avoir violé une mesure de contrôle judiciaire durant la période où il était en convalescence en Allemagne. Le 16 février 2021, la Cour EDH a indiqué au gouvernement russe, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, une mesure provisoire en vue de sa libération. Le ministre de la Justice de l'État partie a dénoncé à propos de cette décision « une ingérence grossière dans le processus judiciaire russe, qui

**114.** L'objectivité du discours de la fundamentalité repose enfin sur son caractère autonome<sup>1</sup>. La fundamentalité est un discours à part entière qui impose sa spécificité sémantique et institutionnelle. Les interprètes des droits fondamentaux, authentiques ou non, spécialisés ou non, juridictionnels ou non, utilisent un langage, des méthodes, des concepts et des représentations qui relèvent d'un ordre normatif et dogmatique particulier. Bien que l'interdiscursivité<sup>2</sup> politique, philosophique ou morale façonne le message des droits fondamentaux, ce dialogue des substances s'opère selon une méthodologie propre à la fundamentalité en tant que discours juridique. Le droit, système d'action, ne se réduit pas à l'omniscience axiologique, et les droits fondamentaux ne se réduisent pas plus à une morale sociale. Il y a une dynamique complexe dans la construction de la fundamentalité, entre la référence discursive déjà établie par un système de formation sophistiqué, sous forme de norme et de connaissance de cette norme, et les revendications des destinataires, qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement de nature politique. « Les matériaux qui ont besoin d'être réglementés dans le cadre de ces programmes et de ces objectifs exigent des justifications complexes dans lesquelles entrent des raisons de nature empirique, pragmatique-instrumentale, stratégique ou éthique »<sup>3</sup>. Le concept de discours est cet alliage d'institution, de forme et de matière, ou la réconciliation, s'il en est besoin, des lectures formelles et matérielles de la fundamentalité.

**115.** *In fine*, l'arc conceptuel mobilisé par le phénomène de la fundamentalité ne sert pas les droits pris isolément, mais le discours dans son ensemble, en tant qu'objectivité juridique et sociale. La fundamentalité s'adapte au contexte social évolutif qu'elle contribue d'ailleurs à façonner. Le concept de discours fait des droits une masse vivante<sup>4</sup> dont la théorisation ne peut être qu'un processus continu, mais par lequel les fonctions juridiques et sociales du phénomène sont intelligibles. En tant que concept constitutif de la fundamentalité, qui intègre explicitement une dimension téléologique, l'abus de droit fondamental est spécialement lié par les fonctions du discours dans lequel il s'inscrit.

---

dépasse les lignes rouges » (« La CEDH ordonne à la Russie la libération « immédiate » de l'opposant Alexeï Navalny », *Le Monde*, 17 fév. 2021).

<sup>1</sup> « Le droit, comme ensemble de règles obligatoires ou comme science, jouit aussi d'une autonomie qui peut le dispenser de se placer ainsi sous la dépendance d'un autre savoir : on veut dire que l'explication peut se trouver dans le droit lui-même, dans son « autopoïétique » (E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 22).

<sup>2</sup> *Infra.* §§ 245 et s.

<sup>3</sup> J. Habermas, *Parcours 2*, préc., p. 135.

<sup>4</sup> Comme l'a déjà exprimé la Cour EDH, pour qui la Convention est « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle » (25 avril 1978, *Tyrer c/Royaume-Uni*, n° 5856/72, § 31).

## Section 2. Les fonctions du discours de la fundamentalité, finalités du concept de l'abus de droit fondamental

116. Conformément à la démarche pragmatiste, l'assimilation des droits fondamentaux à un discours a pour intérêt cognitif essentiel l'identification des fonctions de ce discours en droit. Il s'agit là, ni plus ni moins, que de l'effet pratique d'une telle conceptualisation. Simplement, si l'on veut savoir ce que *signifie* le discours, il faut connaître ce qu'il *fait*. La signification pragmatiste de la fundamentalité nous mènera plus tard à celle de notre concept-objet. Or, appréhender les fonctions du discours de la fundamentalité consiste à s'intéresser à la manière dont ses énoncés sont produits, réceptionnés, reformulés, institutionnalisés, combinés, objet de stratégie, de dialogue, etc. En tout état de cause, dès lors qu'il s'agit d'un discours juridique, les fonctions de la fundamentalité sont essentiellement tournées vers sa normativité. Bien qu'intrinsèquement liées, de telles dispositions ne paraissent pas d'égale importance du point de vue du phénomène juridique. Aussi, convient-il d'accorder une place particulière à la fonction fondatrice des droits fondamentaux (1), matrice des autres fonctions discursives (2).

### § 1. La fonction fondatrice du discours des droits fondamentaux

117. La terminologie des droits fondamentaux, qui s'impose peu à peu dans l'ordre juridique européen, porte une explicite mention au fondement. Bien sûr, ce fondement peut renvoyer à différentes représentations des droits ou de l'ordre juridique dans son ensemble, selon qu'il est envisagé d'un point de vue axiologique, formel ou institutionnel. La Cour constitutionnelle fédérale allemande le reconnaît simplement, les droits fondamentaux sont des valeurs normatives pour l'ordre social<sup>1</sup>. En réalité, l'acte de fonder « se ramifie en variations multiples. Trois d'entre elles se présentent ainsi : 1° Fonder, au sens d'ériger, d'instituer (*stiften*), 2° Fonder, au sens de prendre base, de 'se fonder' (*boden-nehmen*), 3° Fonder, au sens

---

<sup>1</sup> BVerfG, 15 janv. 1958, *Lüth/Harlan*, BVerfGE, t. 7, pp. 198-230 : « Le juge qui doit au cas par cas déterminer ce qui est exigé ou prohibé sur le plan social est obligé, d'une part, puisque c'est dans la nature des choses, et d'autre part, parce que ceci est ordonné expressément dans l'article 1, alinéa 3 de la Loi fondamentale, de se tenir aux décisions relatives aux valeurs et aux principes de l'ordre social qu'il trouve dans la partie de la Constitution concernant les droits fondamentaux. (...) cet *ordre de valeurs*, qui est en même temps une *hiérarchie de valeurs* » (trad. *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n° 15) [en ligne], janvier 2004). De même, pour le Tribunal Constitutionnel espagnol : « les droits fondamentaux répondent à un système de valeurs et de principes de portée universelle » (15 juin 1981, 21/81, n° 10) qui « donnent leurs contenus fondamentaux à un ordre juridique objectif » (14 juil. 1981, 25/81, n° 5).

de donner un fondement de ‘motiver’ (begründen)... »<sup>1</sup>. Le discours de la fundamentalité combine ses trois fonctions. En se positionnant au fondement de l’ordre juridique, il se légitime à être source du droit et finalité des institutions juridiques et politiques<sup>2</sup>. Le législateur est sommé de réaliser les droits fondamentaux, et de nombreux codes s’articulent autour de véritables déclarations de droits<sup>3</sup>. Les droits fondamentaux « supposent un sous-système directement issu des valeurs supérieures (...), ils prolongent et mettent en œuvre la norme fondamentale de définition des normes »<sup>4</sup>. Irriguant l’ensemble de l’ordre juridique, la fundamentalité se déploie logiquement jusque dans les actes juridiques privés<sup>5</sup>. De manière générale, le respect du discours de la fundamentalité devient en soi une directive

---

<sup>1</sup> M. Heidegger, « Ce qui fait l’être-essentiel d’un fondement ou “raison” », dans *Questions I et II*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1949, trad. K. Axelos, H. Corbin et a., Paris, Gallimard, 1968, pp. 144, 151-152 cité par C. Atias, « Fonder le droit ? (simples propos *extra petita* et *obiter dictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 29.

<sup>2</sup> Pour E. Picard, « ce n’est pas tant le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale ». Précisément, selon C. Girard, « le fait que les droits fondamentaux, issus ou non de la Convention européenne des droits de l’homme, soient un enjeu de détermination disputé, entre les juges et le législateur, tend à prouver *qu’ils sont en effet l’expression d’un fondement dont la fonction n’est pas seulement de fonder des droits subjectifs* (signification privatiste des droits fondamentaux), *mais également le système politique institutionnel* (le régime démocratique parlementaire), dont découle le système juridique lui-même (signification publiciste des droits fondamentaux). *Les droits fondamentaux constituent donc l’enjeu d’un pouvoir fondateur* » (*Des droits fondamentaux au fondement du droit*, préc., p. 308). D’autres auteurs vont plus loin que l’univers juridique et considèrent que les droits fondamentaux sont « l’élément constituant de la société, d’une notion de l’homme construite sur la liberté » (M.-L. Pavia, préc., *Petites affiches*, 6 mai 1994, n° 54, p. 6 cité par V. Champeil-Desplats, « La notion de “droit fondamental” et le droit constitutionnel français », préc., p. 328).

<sup>3</sup> X. Dupré De Boulois, *Droits des libertés fondamentales*, préc., p. 2. Qu’il s’agisse du Code de l’éducation (art. L. 111-1 et s.), du Code de la santé publique (art. L. 1110-1 et s.), du Code des transports (art. L. 1111-1 et s.) ou même du Code civil (art. 9, 9-1 ; 16 et s. ; 415).

<sup>4</sup> G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, préc., p. 325. Un « sous-système ouvert et expansif, qui s’infiltré dans les autres et les influence. Dans la mesure où, précisément, il fait partie de la norme fondamentale d’identification des normes, nous pouvons affirmer que c’est un sous-système actif dans les fonctions d’application et d’interprétation de toutes les normes et sous-systèmes qui constituent l’ordre juridique (...). Nous pouvons parler de sous-système des droits fondamentaux, dans la mesure où les droits constituent un ensemble de normes imbriquées les unes dans les autres et issu d’une origine commune ».

<sup>5</sup> Cf. not. J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2003, 439 p. L’auteur évoque ce qui devait être une banale histoire de legs entre une grand-mère et sa petite fille, mais dans le *post scriptum* de son testament, la testatrice précisa : « 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 jugea cette condition illicite en vertu de l’alinéa 1 du Préambule de la Constitution de 1946, à la résonance toute particulière pour cette histoire sordide : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, 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 » (Trib. Civ. Seine, 22 janvier 1947, D. 47 p. 126 ; GP 47, I, p. 67). Aussi en matière de succession, cf. Cour EDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c/Andorre*, n° 69498/01.

d'interprétation de l'ensemble des normes de l'ordre juridique<sup>1</sup>. Cette dimension constitutive, et donc identitaire, fait des droits fondamentaux les normes de clôture de l'ordre juridique<sup>2</sup>. Ils sont le fondement ultime du système et sa matrice régulatrice, à la fois des « limites et des obligations à la production normative »<sup>3</sup>. Le droit est ici envisagé en tant que discours social structurel, et son fondement est lui-même discursif. Or, ce fondement discursif reçoit une normativité immédiate et concrète à travers les droits fondamentaux.

**118.** Il faut dire que les déclarations de droits ont un *contenu constitutionnel par nature*<sup>4</sup>. Hérités du constitutionnalisme allemand<sup>5</sup>, les droits fondamentaux sont l'expression d'un rationalisme juridique qui ne les réduit pas à l'idéalité des droits de l'homme, mais les ancre au fondement de l'ordre juridique positif. Les droits sont les causes logiques de l'articulation et de la limitation du pouvoir. Pour la Haute juridiction administrative, le respect des droits fondamentaux est une exigence directe de « l'État de droit »<sup>6</sup>, voire de la « tradition républicaine »<sup>7</sup>. Le Conseil constitutionnel<sup>8</sup>, comme la Cour EDH<sup>9</sup> et le Conseil d'État<sup>10</sup>,

---

<sup>1</sup> CJCE, 27 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, aff. C-305/05 : il « incombe aux autorités nationales non seulement d'interpréter le droit national en conformité avec le droit communautaire, mais également de ne pas se fonder sur une interprétation des directives qui serait contraire aux droits fondamentaux et autres principes généraux du droit communautaire », notamment à l'aune de la Charte des droits fondamentaux telle qu'interprétée par la Cour (CJUE, 11 sept. 2014, *A., C.*, aff. C-112/13).

<sup>2</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 348.

<sup>3</sup> L. Ferrajoli, « Théorie des droits fondamentaux », dans *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la constitution* M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), Dalloz, 2012, p. 224.

<sup>4</sup> F. Sudre, « Constitutions et protection internationale des droits de l'homme », dans *Constitution et Droit international*, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel (vol. 8), Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2000, p. 198. En France, la Constitution du 14 janvier 1852 « reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français » (art. 1). Malgré la pratique qui en sera faite sous le Second Empire, cette référence illustre l'ancrage de l'imaginaire des droits de l'homme comme source légitime du pouvoir et fondement de l'ordre juridique.

<sup>5</sup> *Grundrechte*, en particulier la Constitution de 1849 rédigée par l'Assemblée de la *Paulskirche* qui introduit « de la *rigueur* dans le discours des droits » (S. Caporal, « Droits de l'homme, droits fondamentaux : histoire et concepts », préc., p. 13).

<sup>6</sup> « Le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République ne saurait être interprétée, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un État de droit sont par nature limités dans le temps et l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité » (CE, ord., 9 déc. 2005, n° 284803).

<sup>7</sup> « les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion nationale (...) ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et des principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine » (CE, ord., 9 janv. 2014, n° 37450).

<sup>8</sup> « La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (CC, 10 nov. 2016, n° 2016-738 DC).

<sup>9</sup> Cour EDH [GC], 7 déc. 1976, *Handyside c/Royaume-Uni*, n° 5493/72.

<sup>10</sup> « L'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (not. CE, ord., 13 nov. 2017, n° 415400).

rappelle régulièrement le lien consubstantiel entre fondamentalité et démocratie, notamment en matière de liberté d'expression. Ce lien opéré sert évidemment aussi la fonction argumentative du discours, et plus encore celle de *medium* de communication puisqu'il fixe les représentations politiques communes à plusieurs ordres juridiques<sup>1</sup>. L'action des pouvoirs constitutionnels est conditionnée au respect des droits fondamentaux, sous le contrôle du juge. En France, « les trois ordres juridictionnels existants sont ordonnés maintenant autour de la même finalité, la défense des libertés du citoyen »<sup>2</sup>. L'assise juridique, institutionnelle, sociale et symbolique des déclarations de droits les rendent irréversibles pour le pouvoir politique qui, tant que contraint aux respects des décisions de ses interprètes privilégiés, est en réalité lié par le juge de la fondamentalité. Cette reconfiguration de la séparation des pouvoirs sous l'empire des droits fondamentaux, parfois dénommée néo-constitutionnalisme, a trouvé comme point d'équilibre de son acceptation l'autolimitation des juges. Ainsi, le discours de la fondamentalité, clef de voute du rééquilibrage institutionnel dans les sociétés démocratiques, transcende et lie les pouvoirs, de sorte que le politique est amené à penser comme un juge et le juge à agir comme un politique. Les pouvoirs sont eux-mêmes repensés selon une normativité pratique, et le discours de la fondamentalité s'intéresse aussi à l'emprise des acteurs privés transétatiques. C'est toute une communauté d'interprétation qui fait vivre la fondamentalité, le juge ne peut pas tout<sup>3</sup> on l'a vu, et le discours lui-même n'est pas seul maître à son efficience sociale. Certaines contraintes de nature politique, économique ou autres corrompent inévitablement la réalisation des droits. De ce point de vue, et en son sens le plus général, l'on pourrait croire que le droit au travail est une lubie. Pourtant, de façon significative, la dynamique de la fondamentalité, dans sa manière de fonder puis d'articuler *concrètement* les normes, peut faire de cette idée générale et capricieuse une obligation particulière à la charge de l'employeur<sup>4</sup>. Par

---

<sup>1</sup> *Infra.* §§ 122 et s.

<sup>2</sup> B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » (*Entretien*), *JCP G*, oct. 2015, n° 43, p. 1908.

<sup>3</sup> V. Champeil-Desplats prend comme exemple remarquable le tribunal administratif de Lille qui, régulièrement saisi de la problématique des campements de réfugiés à Calais, a fini par rappeler que les réponses à apporter « vont bien au-delà de l'office du juge » (*Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 284).

<sup>4</sup> Cf. not. « le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté » (Cass. Soc., 16 déc. 2008, n° 05-40.876, au visa de l'article 6.1 du PIDESC). Aussi, pour la Cour EDH, « compte tenu notamment des notions qui prévalent actuellement dans les États démocratiques, la Cour estime qu'une interdiction générale d'occuper un emploi dans le secteur privé porte bien atteinte à la « vie privée ». Elle attache un poids particulier à cet égard au texte de l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne et à l'interprétation qu'en donne le Comité européen des droits sociaux (...), ainsi qu'aux textes adoptés par l'OIT » (27 juil. 2004, *Sidabras et Džiautas c/Lituanie*, n°s 55480/00 et a., § 47). Une nième illustration de l'interpénétration matérielle qui suscite l'objectivité juridique et sociale de la fondamentalité, au-delà des sources textuelles et en vue d'étendre son influence.

ailleurs, la communauté scientifique d'interprétation du discours juridique, en majorité consciente et convaincue de la supériorité éthique et épistémique du libéralisme politique, accompagne, voire promeut la fondamentalisation du droit<sup>1</sup>. Elle participe de l'édification du discours de la fondamentalité en rationalisant ses dispositions normatives et en éclaircissant son champ d'application<sup>2</sup>. Il en est particulièrement ainsi, nous le verrons, du concept de l'abus de droit fondamental<sup>3</sup>.

**119.** La dimension constitutive du discours des droits fondamentaux se manifeste aussi par l'évolution de l'architecture juridictionnelle et la priorité matérielle donnée au contenu normatif de la protection spécialisée des droits de l'homme. L'influence de la jurisprudence de la Cour EDH bien sûr<sup>4</sup>, avec l'émergence de droits nouveaux<sup>5</sup>, une conception plus étoffée des droits existants<sup>6</sup>, la transformation des procédures judiciaires, notamment pénales<sup>7</sup>, ou encore l'évolution jurisprudentielle en matière de validation législative<sup>8</sup>. Pour l'ancien président de la Section du Contentieux du Conseil d'État, la protection européenne « élève le niveau

---

<sup>1</sup> Notamment par la promotion d'un droit constitutionnel « tout entier tourné vers la garantie des libertés » (M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, préc., p. 702). Toutefois, on l'a vu, une partie de la doctrine, notamment civiliste et constitutionnaliste, se montre résolument opposée à cette « fondamentalisation » (*supra*. § 104).

<sup>2</sup> « Juge autorisé de la valeur des productions normatives, la doctrine contribue ainsi à légitimer les normes produites en mettant en scène leur conformité à l'idéal du droit et en attestant leur bien fondé. Censeur, mais également oracle, la doctrine, productrice principale du discours à travers lequel le droit trouve sa cohérence, est un agent essentiel de l'objectivation et de légitimation des règles de droit » (A. Bernard, Y. Poirmeur, « Doctrine civiliste et production normative » dans *La doctrine juridique* A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), Paris, PUF, 1994, pp. 127-180).

<sup>3</sup> *Infra*. § 311.

<sup>4</sup> O. Dutheillet De Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel » (visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel), *Conseil constitutionnel.fr* [en ligne], 13 fév. 2009.

<sup>5</sup> Appuyés sur des sources nationales, mais reconnus à la suite de décisions de la Cour EDH : le droit au respect de la vie privée (CC, 23 juil. 1999, n° 99-416 DC), les composantes de la liberté personnelle telle que la liberté de mariage (CC, 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC), le droit de mener une vie familiale normale (CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC) ou encore le principe de dignité de la personne humaine (CC, 27 juil. 1994, n° 94-343/344 DC).

<sup>6</sup> La liberté d'expression implique le droit d'accéder à des sources pluralistes d'information (CC, 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, cons. 11).

<sup>7</sup> Le droit à un recours juridictionnel effectif fondé sur l'article 16 de la DDHC et qui rappelle l'article 6 de la Convention (CC, 23 juil. 1999, préc.) ou encore la rhétorique du procès équitable (CC, 28 juil. 1989, n° 89-260 DC).

<sup>8</sup> L'évolution connue en la matière entre les décisions du Conseil constitutionnel de 1994 (13 jan. 1994, n° 93-322 DC) et de 1999 (21 déc. 1999, n° 99-422 DC) eu égard à l'arrêt de la Cour EDH la même année (28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales et a. c/France*, nos 24846/94 et a.) pointant la nécessité d'un motif impérieux d'intérêt général. De même, pour le Conseil d'État (5 déc. 1997, *M<sup>me</sup> Lambert*) et la Cour de cassation (Ass., 24 janv. 2003, *M<sup>me</sup> Évelyne X*).

d'exigence et conduit à davantage de convergence »<sup>1</sup>. Les juges administratifs et judiciaires acceptent dorénavant l'autorité de chose interprétée par la Cour EDH, et répandent sa méthode en tout domaine impliquant des libertés. Cette convergence est aussi le fait de rapprochements institutionnels et procéduraux de référence interprétative, à l'image des questions préjudicielles en droit de l'Union européenne et du protocole 16 à la Convention EDH. Les ordres juridiques enlacés, leur fondement tend à se confondre, alors que certains ont comme pacte fondateur la seule protection des droits fondamentaux. La fundamentalité est ce discours de la confluence dogmatique et méthodique, entre les ordres juridiques et au sein de ceux-ci. D'ailleurs, et pour des raisons institutionnelles notamment, le juge national peut être tenté de puiser cette fundamentalité constitutive en dehors de la Constitution<sup>2</sup>, signe de l'autonomie et de la transcendance du discours vis-à-vis de ses sources textuelles.

**120.** Non astreint aux sources parce que réputé leur préexistant, le fondamental renvoie à des motifs généraux de nature éthique, politique ou philosophique. La fundamentalité a justement pour dispositions discursives de rendre présentes les raisons axiologiques en les maintenant au premier plan de la considération juridique. À cet égard, nous verrons en quoi le concept de l'abus de droit fondamental est déterminant<sup>3</sup>. Simplement, la fundamentalité est un discours juridique qui consiste à poser des normes en même temps que les valeurs qui sous-tendent ces normes. Le concept de discours a pour propriété décisive de lier, et les droits fondamentaux lient les exigences juridiques aux exigences idéales de l'existence collective dans

---

<sup>1</sup> B. Stirn, « Niveaux de protection des droits fondamentaux », préc. Ainsi, en matière de police des étrangers, le Conseil d'État qui fait évoluer l'intensité de son contrôle, de l'erreur manifeste d'appréciation (3 fév. 1975, *Ministre de l'intérieur c/Pardov*, n° 94108) à un contrôle normal (CE, 17 oct. 2003, *Bouhsane*, n° 249183).

<sup>2</sup> La Cour de cassation pourra ainsi privilégier l'invocation de la Convention EDH ou de la loi afin de s'extirper de toute autorité interprétative du Conseil constitutionnel (O. Desaulnay, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, 852 p.). Ce dernier reconnaît lui-même que « [l']autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements [internationaux] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution » (12 mai 2010, n° 2010-605 DC). Aussi, pour la Cour EDH : « [u]ne mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné *dans les circonstances de la cause* » (16 janv. 2018, *Charron et a. c/France*, n° 22612/15, § 28, nous soulignons). Certains ont également défendu l'idée selon laquelle les juridictions de première instance usaient prioritairement des questions préjudicielles et de l'autorité de la CJUE pour contourner la jurisprudence des hautes juridictions nationales (K. Alter, « Explaining national court acceptance of European Court jurisprudence : a critical evaluation of theories of legal integration » dans *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence* A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. Weiler (éds.), Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 227-252).

<sup>3</sup> *Infra.* §§ 257 et s.



une société démocratique<sup>1</sup>. Ils font le rapport entre « l'État de droit, l'État social et la démocratie »<sup>2</sup> et deviennent caractéristiques des trois. En droit spécifiquement, le discours lie la matérialité axiologique du normatif social, l'exigence formelle du juridique et l'idée d'œuvre institutionnelle au sein d'une communauté politique. Enfin, le discours fait du fondement un objet réflexif, vis-à-vis du fait et du volontarisme politique, des mutations sociales, des évolutions de jugements éthiques, etc. La complexité du réel social commande cette réflexivité de la fondamentalité, laquelle peut trouver *a posteriori* son fondement *a priori*. Le fondement du droit, ne serait-ce que marginalement, est en évolution<sup>3</sup>, tout comme sa théorisation. C'est à partir de ce fondement constitué par le discours lui-même, et dont le dynamisme réflexif est connaissable, que les autres fonctions de la fondamentalité s'accomplissent.

## § 2. Les autres fonctions discursives de la fondamentalité

**121.** Le discours de la fondamentalité encercle l'ordre juridique. Il le fonde par des valeurs légitimatrices et le maintient dans une validité indépassable. Seulement, la consistance de ce discours n'est pas figée, les valeurs ainsi portées ne sont pas les fruits mûrs qu'il suffirait de cueillir pour poser des normes. L'imaginaire axiologique de la fondamentalité est certes lié par celui des droits de l'homme, mais il est aussi façonné par les échanges performatifs au sein de sa communauté d'interprétation. Des échanges qui mettent en valeur les fonctions communicationnelle (A), argumentative (B) et revendicatrice (C) des droits fondamentaux. Ces fonctions discursives se constituent mutuellement et ne peuvent être identifiées qu'à l'aune de la communauté d'interprétation du discours, une communauté aujourd'hui transnationale en matière de droits fondamentaux. La communauté d'interprétation de la fondamentalité révèle effectivement la coexistence de plusieurs ordres juridiques avec, au départ, leurs propres sources normatives et leurs méthodes de régulation particulières. Cette pluralité des sources et de leurs organes interprétants nécessite, en particulier, une compréhension du phénomène de la

---

<sup>1</sup> Pour la Cour EDH, « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » ([GC], 28 juil. 1999, *Selmouni c/France*, n° 25803/94, § 101).

<sup>2</sup> S. Schlaichk, *Procédure et technique de protection des droits fondamentaux, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, p. 107 cité par V. Champeil-Desplats, préc., p. 325.

<sup>3</sup> Le « *fondement du droit constitue en soi un appel à contributions*. Il ne peut qu'être le fruit d'une coproduction continue, en raison de sa plasticité et de sa permanence (...). L'animation de la *matière* juridique dépend ici d'un processus complexe par lequel la signification est à la fois liée, dans le cadre d'une cohérence formelle, et libre, en raison d'une conjonction entre la variété des espèces et la marge d'appréciation des auteurs (juges et théoriciens) » (C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, préc., p. 375, *souligné par l'auteur*).

fondamentalité en tant qu'activité communicationnelle. De manière générale, le dynamisme discursif de la communauté d'interprétation s'appréhende pragmatiquement comme une « construction collective de croyances stables »<sup>1</sup> à propos des droits fondamentaux.

### A. Une fonction de medium de communication entre les ordres juridiques

122. Si la fondamentalité n'est pas encore ce métalangage<sup>2</sup> qui a constitutionnalisé le monde<sup>3</sup>, elle reste le discours privilégié par lequel les ordres juridiques communiquent, mais aussi préservent leurs intérêts<sup>4</sup>. La notion de droit fondamental est elle-même le produit de cette interaction. C'est une évidence s'agissant de l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'objet même est la protection des droits fondamentaux<sup>5</sup>. Le « consensus européen » est d'ailleurs la base de l'évolution des normes de la Convention<sup>6</sup>, et la Cour EDH reste attentive aux décisions des juridictions internes<sup>7</sup>. Bien que sur le tard, le discours des droits fondamentaux est également utilisé par la Cour de justice de l'Union européenne pour assurer la primauté et l'effet utile du droit de l'union<sup>8</sup>, voire aux fins d'élaborer une constitution européenne matérielle<sup>9</sup>. Aussi, la fondamentalité constitue l'ancrage

---

<sup>1</sup> J. Moret-Bailly, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits*, préc., p. 204.

<sup>2</sup> X. Bioy, « Qu'appelle-t-on “droits fondamentaux” ? », préc., p. 217.

<sup>3</sup> S. Henneke Vauchez, J.-M. Sorel (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

<sup>4</sup> « Dès les débuts du processus d'intégration européenne, la protection des droits fondamentaux s'est avérée comme domaine particulièrement important tant de la coopération juridictionnelle que de la défense des propres intérêts des juridictions concernées » (C. Langenfeld, « La jurisprudence récente... », préc. (b)) ; E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.).

<sup>5</sup> Sur le dialogue juridictionnel entre l'ordre juridique de la Convention EDH et celui de l'UE : not. Cour EDH [GC], 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/Irlande* ; Cour EDH, 6 mars 2013, *Michaud c/France* ; Cour EDH [GC], 23 mai 2016, *Avotiņš c/Lettonie*. Avec l'ordre juridique international : not. Cour EDH, 12 mai 2009, *Gasparini c/Italie* ; [GC], 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/Suisse*.

<sup>6</sup> Cour EDH, « La Convention, un instrument vivant qui a 70 ans », *Séminaire judiciaire 2020* [en ligne].

<sup>7</sup> Cour EDH, 24 nov. 2009, *JH et a. c/France*, n° 49637/09 ; 15 nov. 2011, *Gecel c/France*, n° 63628/09.

<sup>8</sup> Not. CJUE, 10 juil. 2014, *Victor Manuel Julian Hernandez e.a c/Reino de Espana e.a*, aff. C-198/13, § 47 : il « convient de rappeler que la poursuite de l'objectif de protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union, en ce qui concerne tant l'action de l'Union que la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres, est motivée par la nécessité d'éviter qu'une protection des droits fondamentaux susceptible de varier selon le droit national concerné porte atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union ». Le discours de la fondamentalité est également utilisé par la CJUE pour affirmer l'indépendance de l'ordre juridique de l'UE par rapport à l'ordre juridique international et le refus de toute hiérarchie entre eux. « Les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux » (3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/Conseil*, § 285).

<sup>9</sup> Pour la CJUE, les droits fondamentaux reconnus par la Charte sont « au cœur de cette construction juridique » que constitue l'Union européenne (CJUE, Ass. plén., 18 déc. 2014, avis 2/13, pt. 169). Ainsi, le contrôle par la

conventionnel formel à l'interaction entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques des États membres, en plus de celui de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>. Il faut dire que la Cour de justice reconnaissait déjà « une signification particulière » à la Convention EDH dans l'élaboration des principes généraux du droit communautaire<sup>2</sup>. S'agissant des États membres, les droits fondamentaux constituent le *medium* de principe pour l'affirmation d'une identité constitutionnelle<sup>3</sup>, laquelle doit pouvoir s'exprimer jusque dans les cas « individuels et concrets »<sup>4</sup>, notamment à travers le principe de dignité de la personne humaine<sup>5</sup>. En même temps, ces décisions peuvent être lues comme l'action coopérative de juridictions souhaitant accroître la protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne<sup>6</sup>. Bien que certaines notions cristallisent explicitement l'enjeu de communication entre les interprètes authentiques des différents ordres juridiques européens, à l'image de la protection équivalente<sup>7</sup> ou du principe de confiance mutuelle<sup>8</sup>, celles-ci se substantialisent essentiellement au sein d'un même langage : la fundamentalité. Les droits fondamentaux forment, en ce sens, un *medium* de communication privilégié entre les interprètes authentiques des ordres juridiques enlacés<sup>9</sup>. La dimension cognitive du discours de la fundamentalité s'enrichit de ce dialogue

---

Cour « de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome » (CJCE, *Kadi*, préc., § 316). Selon D. Rousseau, les droits fondamentaux érigent ainsi un véritable « patrimoine constitutionnel européen » (« Le patrimoine constitutionnel européen » (*European Commission for democracy through Law*), Montpellier, *Science et technique de la démocratie*, 1996, n° 18, p. 8).

<sup>1</sup> Article 6 alinéa 3 du TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux » ; Cf. égal. art. 52 de la CDFUE.

<sup>2</sup> CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst*, aff. C-48/67. La CJUE et la Cour EDH se réfèrent régulièrement l'une à l'autre dans leur œuvre de concrétisation des droits fondamentaux (not. CJUE, 25 juil. 2018, *Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, C-220/18 PPU où le juge de l'Union se réfère à celui de la Convention pour établir la taille de l'espace de détention en dessous duquel serait violée l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants).

<sup>3</sup> BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08 e.a., Recueil BVerfGE 123, p. 267 ; 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13 e.a., Recueil BVerfGE 142, p. 123. Également le Tribunal const. espagnol, 13 déc. 2004, DTC n° 1/2004. La théorie des « contre limites » de la Cour const. italienne répond de la même logique, cf. arrêt n° 232 de 1989, *Fragd*. 4.

<sup>4</sup> BVerfG, 15 déc. 2015, 2 BvR 2735/14, Recueil BVerfGE 140, p. 317.

<sup>5</sup> BVerfG, 19 déc. 2017, 2 BvR 424/17, Recueil BVerfGE 147, p. 364.

<sup>6</sup> C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande », préc., (b).

<sup>7</sup> F.-X. Millet, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012. 307.

<sup>8</sup> CJUE [GC], 26 févr. 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio fiscal*, aff. C-399/11 ; Cour EDH, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/Suisse*, n° 29217/12.

<sup>9</sup> De grandes décisions juridictionnelles ont marqué cette *communication familiale* au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, avec, entre autres : Cour const. italienne, 27 déc. 1973, *Frontini* ; BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2BvL 52/71 ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. C-11/70 ; BVerfG, *solange II*, 1986 BVerfGE 73, 339 ; CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonica Tiléorassi AE (ERT)*, aff. C-260/90 ; CJCE, 14 oct. 2004, *Omega Spielhallen*, aff. C-36/02 ; Tribunal const. polonais, 11 mai 2005, K 18/04 ; CE, ass., 8 févr. 2007, *Arcelor*, Lebon p. 55 ; CJUE, 3 sept. 2008,

spécialisé, alors que sa dimension normative s'adapte à la pluralité des interprètes autorisés. Au final, la concrétisation des droits fondamentaux bénéficie de cette communication entre les grandes juridictions, notamment constitutionnelles<sup>1</sup>, qui sont dorénavant connectées entre elles<sup>2</sup>.

**123.** Il ne faudrait toutefois pas embellir exagérément le tableau. La fundamentalité suppose une activité dogmatique de communication coopérante, mais aussi stratégique<sup>3</sup>. Ainsi, derrière la rhétorique exemplaire de la protection des droits fondamentaux se cachent d'inévitables enjeux de répartition des compétences entre ordres institutionnels, autrement dit, des enjeux de souveraineté<sup>4</sup>. Les interprètes authentiques chercheront à maximiser leur pouvoir – ou en droit strictement, leur habilitation<sup>5</sup>. La juridictionnalisation de la protection des droits de l'homme « emmène avec elle les singularités inhérentes à la fonction judiciaire »<sup>6</sup>. En France, le respect des droits et libertés que la Constitution garantit est évidemment une référence pour le contrôle de constitutionnalité des traités<sup>7</sup>. À l'image des relations internationales entre États, au sein desquelles les droits de l'homme font figure de véritable « régime de gouvernance »<sup>8</sup>, la fundamentalité peut constituer ce langage diplomatique qui crée

---

*Kadi*, préc. ; CJUE [GC], 26 fév. 2013, *Åklagaren c/Hans Åkerberg Fransson*, préc. ; CJUE [GC], *Stefano Melloni*, préc. ; CC, 4 avril 2013, *Jeremy F.* ; BVerfG, 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, Recueil BVerfGE 133, p. 277 ; CJUE, 6 mars 2014, *Cruciano Siragusa*, aff. C-206/13 ; BVerfG, 15 déc. 2015, 2BvR 2735/14, préc. ; CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. C-404/15 et C-659/15 ; BVerfG, 19 déc. 2017, 2 BvR 424/17, préc. ; CJUE, 25 juil. 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18 PPU.

<sup>1</sup> D. Grimm, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum*, préc., déc. 2011.

<sup>2</sup> A. Voßkuhle, « Der europäische Verfassungsgerichtsverbund », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 29, 2010, pp. 1-8.

<sup>3</sup> Not. B. Frydman, « Le juge à l'âge global », *Cités*, 2017/1, n° 69, pp. 59-72 ; « Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », dans *Le dialogue des juges*, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147.

<sup>4</sup> Par exemple, la sauvegarde de l'État national en tant qu'espace primaire où s'exercent les responsabilités démocratiques au nom « du droit du citoyen à la démocratie » (BVerfG, 14 janv. 2014, 2 BvR 2728/13 e.a., Recueil BVerfGE 134, p. 366 cité par C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande... », préc.).

<sup>5</sup> G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, préc., p. 478.

<sup>6</sup> L. Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme*, préc., p. 15.

<sup>7</sup> Not. CC, 13 oct. 2005, n° 2005-524/525 DC.

<sup>8</sup> D. Kennedy, *The dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004 cité par M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme : contre le droits-de-l'hommeisme intégral », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15/2019, p. 7. La diplomatie des droits de l'homme est incarnée par des institutions telles que le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

de nouveaux rapports de pouvoir<sup>1</sup>. Le risque est alors que les droits soient heurtés par la relativisation de leur langage, mis au principe de la politique<sup>2</sup> et dissous dans la rationalité technocratique de l'institution<sup>3</sup>. Le caractère instrumental du discours est d'autant plus perceptible que les enjeux institutionnels de répartition des compétences s'en trouvent modifiés<sup>4</sup>. Le dialogue constant entre interprètes authentiques façonne effectivement le droit de la fondamentalité, mais la discussion peut parfois devenir conflictuelle<sup>5</sup>. Comme le remarquait justement l'ancien président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la « lutte commune pour déterminer ce que dit le droit est (...) un élément constitutif d'une communauté

---

<sup>1</sup> « The human rights movement launched a new channel of political action, which continues to be a major corrective to the concentration of power in governmental and corporate hands » (J. Raz, « Human Rights in the Emerging World Order », *Transnational Law Review*, 2010, vol. 1, p. 41).

<sup>2</sup> F. Worms, *La philosophie en France au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 557.

<sup>3</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme : contre le droits-de-l'hommisme intégral », préc., p. 8.

<sup>4</sup> Au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne par exemple, not. CJUE, ass. plén., 18 déc. 2014, avis 2/13, spéc. pts 191-192 : « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union ». Cf. not. H. Gaudin, « Si proches, si lointaines... L'Union européenne face à la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2015, p. 1679. Plus largement, comme l'énonce H. Labayle, la « finalité communautaire des droits fondamentaux détermine à la fois leur incorporation et leur utilisation, voire parfois leur limitation. Ainsi, ils ne sont pas des "prérogatives absolues", mais peuvent souffrir un certain nombre de limitations exigées par leur conciliation avec la "fonction sociale des biens et activités protégés". Le champ d'application et les finalités du droit communautaire balisent donc le terrain offert aux droits fondamentaux » (« Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 79). Le constat vaut aussi pour le Conseil constitutionnel et sa défense du caractère prioritaire de la QPC (CC, 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC ; J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel déclare la guerre aux interprétations supranationales de la loi », *AJDA*, 2020, p. 2158).

<sup>5</sup> Ainsi, le mandat d'arrêt européen (MAE) a été l'objet de nombreux contentieux et source d'un dialogue juridictionnel ferme sur le continent européen (décisions préc. ; C. Leroy, *Le contentieux du mandat d'arrêt européen devant la CJUE*, Thèse dactylographiée, Université de Toulon, 2019). Après avoir été réticente au contrôle de ce mécanisme de coopération pénale sous l'égide des droits fondamentaux, eu égard à l'importance matricielle du principe de confiance mutuelle en droit de l'Union, la CJUE en a accepté le principe dans des circonstances particulières (CJUE, 5 avr. 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, préc.), notamment en matière de défaillances systématiques ou généralisées des conditions de détention (CJUE, 25 juil. 2018, aff. C-220/18, préc.). L'État d'exécution du mandat a l'obligation de s'informer du risque concret de violation des droits fondamentaux dans l'État de destination (CJUE, 15 oct. 2019, *Dorobantu*, aff. C-128/18). La Cour EDH et la CJUE ont certes consacré une présomption de protection équivalente entre les deux ordres juridiques, mais la Cour de Strasbourg peut toujours renverser cette présomption en cas d'insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention, que ce soit dans l'hypothèse d'un refus d'exécution du mandat (9 juil. 2019, *Romeo Castano*, n° 8351/17) ou, au contraire, en raison de son exécution (25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c/France*, n°s 40324/16 et 12623/17). Pour cette dernière, le respect de la Convention en tant *qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* dans le domaine des droits de l'homme « l'emporte » sur l'intérêt de la coopération internationale (*ibid.*, § 116).

de droit vivante »<sup>1</sup>. Une communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité qui se dispute parfois tout en espérant accroître son influence sur le droit et la société. Logiquement, l'importance de la fonction communicationnelle du discours s'accroît en même temps que la fundamentalité étend son emprise sur le phénomène juridique en général.

**124.** Le discours de la fundamentalité a donc cette faculté de fédérer les ordres juridiques. L'interaction s'opère particulièrement, et de manière logique, entre les organes spécialisés dans la protection des droits de l'homme<sup>2</sup>. En la matière, les juridictions supranationales semblent vouloir montrer l'exemple. Elles se positionnent au sein d'un environnement de référence normative international<sup>3</sup>, et n'hésitent pas à se citer entre elles, favorisant la circulation, parfois la convergence, jurisprudentielle. Les représentations envisagées, les structures argumentatives, les logiques de signification, les méthodes normatives, en un mot, les *habitus discursifs* des interprètes s'en trouvent alors modifiés. En particulier, l'action des cours régionales promeut « une relative interpénétration des systèmes normatifs de protection des droits de l'homme – système européen, système interaméricain, système africain »<sup>4</sup>. Cette forme d'*interpositivité normative* est mise au service d'une protection

---

<sup>1</sup> A. Voßkuhle, cité par C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle... », préc.

<sup>2</sup> En témoignent les propos du président de la Cour EDH, Linos-Alexandre Sicilianos, dans une interview pour le journal *Le Monde* [en ligne], le 31 mai 2019 : « Ce qui se passe aux Nations unies [en référence à la décision provisoire du Comité international des droits des personnes handicapées sur l'affaire Lambert] nous concerne et est à prendre en compte dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme (...) Nous sommes une Cour très ouverte et nous n'hésitons pas à nous référer dans nos décisions aux analyses des organes des traités des Nations unies, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Cour de Luxembourg (...) et de bien d'autres instances internationales. La Convention européenne des droits de l'homme doit être vue comme offrant un minimum de protection. Nous l'interprétons comme un instrument vivant. Rien n'empêche un autre organe compétent, par exemple la CJUE, d'apporter une protection plus avancée d'un certain nombre de droits. Cela peut poser un problème politique à l'État concerné, mais pas juridique ».

<sup>3</sup> Pour la Cour EDH, « les dispositions de la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer en dehors du contexte général dans lequel elles s'inscrivent. En dépit de son caractère particulier d'instrument de protection des droits de l'homme, la Convention est un traité international à interpréter conformément aux normes et principes du droit international public (...). Ainsi, la Cour n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme le seul cadre de référence pour l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient » (Cour EDH, 21 fév. 2019, *Z. Ahumbay et a. c/Turquie*, n° 6080/06). Effectivement, « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » ([GC], 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/Turquie*, §146). Cf. not. Cour EDH, 20 janv. 2009, *Güveç c/Turquie* ; 30 mars 2009, *Ould Dah c/France* ; 9 juin 2009, *Opuz c/Turquie* ; [GC], 8 nov. 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c/Hongrie*.

<sup>4</sup> F. Sudre, « Conclusions », *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, préc., p. 253. À titre d'exemple, la décision de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples du 15 mai 2003, *Curtis Francis Doebbler c/Soudan*, qui se réfère à l'arrêt *Tyrrer c/Royaume-Uni* du 25 avril 1978 de la Cour EDH ou encore l'arrêt *Bamaca Velasquez c/Guatemala* du 25 novembre 2000 de la Cour IADH qui a influencé l'arrêt

accrue des droits de l'homme au niveau international. Un *décloisonnement normatif rebelle*<sup>1</sup>, favorisé également par la référence formelle au droit international des droits de l'homme au sein même des Conventions<sup>2</sup>, ainsi que par la mise en place de procédures de référence interprétative, ou dialogue institutionnalisé, tel que le protocole 16 à la Convention EDH<sup>3</sup>. D'un point de vue pragmatique, cette finalité est également poursuivie par la circulation prétorienne de concepts fonctionnels, notamment l'abus de droit et l'obligation positive, ou encore par l'aptitude partagée aux interprétations extensives, à l'image d'une lecture *pro victima* de la recevabilité<sup>4</sup>. Cette convergence normative et rhétorique, parfois certes sophistiquée, est également révélatrice de la normativité pratique à l'œuvre en matière de droits fondamentaux, lesquels dépendent d'une protection non pas *théorique ou illusoire*, mais *concrète et effective*<sup>5</sup>.

**125.** La communication entre les différents interprètes du discours de la fundamentalité agit comme un *processus de délibération collective* qui, au mieux, sert l'éclosion des meilleures raisons juridiques et, au pire, suscite la concurrence institutionnelle avec son jeu de représentations. Il reste, pour ces deux hypothèses extrêmes et toutes les autres, que les

---

de la Cour EDH du 13 déc. 2012, *El Masri c/L'ex-république yougoslave de Macédoine*. Même la Cour Suprême des États-Unis a pu se référer à la Cour EDH (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 123 S. Ct 2481) et réciproquement (Cour EDH, 10 fév. 2009, *Sergei Zolotoukhine c/Russie*). La Cour EDH a encore pu se référer à la Cour suprême du Canada (29 juil. 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 66). En droit international, la CIJ se réfère régulièrement au Comité et aux Cours régionales des droits de l'homme (CIJ, 30 nov. 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c/République démocratique du Congo)*, spéc. § 66) réciproquement celles-ci prennent en considération le droit international humanitaire (Cour EDH [GC], 18 sept. 2009, *Varvana c/Turquie* et 16 sept. 2014, *Hassan c/Royaume-Uni* ; Cour IADH, 25 oct. 2012, *Massacre d'El Mozote et des lieux voisins c/Le Salvador*, Série C n° 252).

<sup>1</sup> L. Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme*, préc., pp. 248 et s.

<sup>2</sup> Ainsi, l'article 60 de la Convention ADHP prévoit que la « Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples », notamment les instruments africains, mais aussi ceux adoptés par les Nations unies. L'article 61 dispose que la Commission prend aussi en considération les autres conventions internationales, générales ou spéciales, établissant des règles reconnues par les États membres de l'OUA.

<sup>3</sup> Dont les motifs énoncent « que l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité » (cons. unique). Sur les critères d'admissibilité d'une demande d'avis, cf. Cour EDH, 14 déc. 2020, n° P16-2020-001. En France, la Cour de cassation a adressé, par une lettre du 12 octobre 2018, une demande d'avis à la Cour EDH concernant l'obligation de procéder à la transcription, sur les registres du service d'état civil français, de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger, et sur les modalités de reconnaissance du lien de filiation avec les parents d'intention. La Haute juridiction judiciaire a pris acte de la réponse de la Cour européenne (Cass. Ass., 4 oct. 2019, préc.).

<sup>4</sup> Cour EDH [GC], 9 avril 2009, *Silih c/Slovenie*, n° 71463/01 dans lequel la Cour fait elle-même référence aux arrêts de la Cour IADH, 23 nov. 2004, *Sœurs Serrano Cruz c/El Salvador* ; 15 juin 2005, *Communauté de Moiwana c/Suriname*.

<sup>5</sup> Cour EDH, 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique*, n°s 1474/62 et a., § 31.

interprètes authentiques de cette large communauté de discours sont contraints de rendre plus performante leur argumentation juridique. À l'évidence, « le langage n'est pas seulement moyen de communication : il est aussi instrument d'action sur les esprits, moyen de persuasion »<sup>1</sup>. Pour les interprètes authentiques, il s'agit de mobiliser des formes d'arguments compréhensibles par la communauté élargie d'interprétation du droit. Ainsi, la disposition dialogique du discours de la fundamentalité stimule sa fonction argumentative.

### *B. Une fonction argumentative pour les interprètes du discours juridique*

**126.** Les droits fondamentaux, parce qu'ils sont formulés au travers d'énoncés abstraits, à la résonance émotive<sup>2</sup>, et qu'ils renvoient à des valeurs indépassables<sup>3</sup> dans l'ordre juridique, sont à l'évidence des ressources argumentatives performantes. Ils constituent, selon V. Champeil-Desplats, de véritables clôtures argumentatives, ne serait-ce que parce que l'on ne peut faire référence à des arguments plus fondamentaux que ceux déjà considérés comme fondamentaux<sup>4</sup>. Les valeurs explicites soutenues par ces droits ont une portée autoritaire par elles-mêmes, si bien que la fonction constitutive de la fundamentalité sert directement son œuvre argumentative.

**127.** Les droits fondamentaux sont des énoncés fonctionnels sur le plan argumentatif. Ils peuvent être des d'arguments d'autorité donc, ou simplement de priorité, reconnus comme tels par la communauté d'interprétation juridique. En ce sens, le discours de la fundamentalité est aussi une pratique sociale qui s'accomplit dans un champ institutionnel et culturel particulier. « L'enjeu devient alors de trouver des méta-arguments logiques toujours plus persuasifs sans sortir du champ d'argumentation acceptable par les autres acteurs du système juridique »<sup>5</sup>. La fonction argumentative de la fundamentalité suit une exigence d'autoréférence discursive. Elle permet à l'interprète authentique de stabiliser son argumentation en l'inscrivant

---

<sup>1</sup> Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique* (1958), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 6<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 177. Cf égal. B. Frydman, M. Meyer (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris PUF, 2012, 296 p.

<sup>2</sup> G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle (la notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle) », *RFDA*, 2009, p. 641 (§ 45).

<sup>3</sup> Pour F. Ost, « les déclarations des droits fondamentaux représentent un des derniers refuges du sacré et le socle d'un consensus minimal en dehors duquel la vie sociale serait impossible » (*Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 76).

<sup>4</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 358.

<sup>5</sup> V. Champeil-Desplats, « La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français », préc., p. 327.



dans un processus significatif établi et continu. La disposition argumentative de la fondamentalité n'est donc pas seulement lexicale, elle est surtout discursive. Elle mobilise les « imaginaires sociodiscursifs »<sup>1</sup> de la communauté d'interprétation, laquelle dialogue sous le référentiel d'un « monde de croyances, de valeurs, d'idées, de pratiques généralement admises ou largement partagées »<sup>2</sup>. Certes, du fait des pouvoirs de l'écrit, les énoncés de droits fondamentaux signifient l'action sociale, ou plus précisément, ils l'orientent<sup>3</sup>. Seulement, et cela a été abondamment étudié, « tout n'est pas dit quand un code a parlé »<sup>4</sup>, ce sont les prolongements normatifs et cognitifs des interprètes, par un raisonnement explicite de type pragmatique<sup>5</sup>, qui génèrent la norme en même temps que l'adhésion de la communauté de discours dans son ensemble. Les concepts constitutifs du droit sont aussi des arguments qui s'adressent aux autres interprètes – il faudra s'en souvenir pour l'étude de l'abus de droit fondamental. L'argumentation *constitutive* du discours de la fondamentalité s'inscrit *ab initio* dans un échange communicationnel entre ses interprètes<sup>6</sup>. Encore une fois, les fonctions de la fondamentalité, notamment celles argumentative et communicationnelle, se façonnent mutuellement. Du point de vue spécifique de l'argumentation, chaque interprète de la communauté de discours a la possibilité d'adopter le point de vue d'un autre, et d'anticiper les effets de son raisonnement. Bien sûr, cette fonction argumentative n'est pas dépourvue de stratégie institutionnelle<sup>7</sup>. Tout interprète authentique, et le juge en particulier, doit, pour assurer sa mission normative, se doter d'une certaine légitimité, d'un certain prestige, au fondement de son autorité. L'enjeu de l'argumentation est là aussi un phénomène ambivalent. Il reste que si la fonction argumentative est constitutive de la fondamentalité, c'est parce que l'échange d'arguments au sein de la communauté d'interprétation de ce discours est susceptible

---

<sup>1</sup> P. Charaudeau, *Le discours politique. Les masques du pouvoir*, Paris, Vuibert, 2005 p. 160 cité par R. Amossy, « Des sciences du langage aux sciences sociales : l'argumentation dans le discours », *A contrario*, 2011/2 p. 20.

<sup>2</sup> G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F, 1993, cité par C.-A. Morand, « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », préc., p. 620.

<sup>3</sup> R. Amossy, « Des sciences du langage aux sciences sociales : l'argumentation dans le discours », préc., p. 10.

<sup>4</sup> V. Hugo, *Les misérables* (1862), Paris, Gallimard, 1951, p. 1349.

<sup>5</sup> Le niveau pragmatique « prend en considération le fait que l'emploi d'une phrase est un phénomène interindividuel, un événement dans l'histoire des relations entre plusieurs individus : le locuteur l'emploie parce que la situation où il se trouve face aux personnes qui l'entourent (destinataires et auditeurs) l'amène, ou au moins l'autorise, à le faire ; et s'il l'emploie, c'est d'autre part qu'il cherche, grâce à elle, à produire un certain effet sur ceux à qui ou pour qui il parle » (J.-C. Anscombre, O. Ducrot, « L'argumentation dans la langue », *Langages*, 1976, n° 42, p. 5).

<sup>6</sup> Cette assertion rejoint la thèse, en philosophie du langage, de la *rhétorique intégrée*, selon laquelle « toutes les relations argumentatives entre énoncés (et non pas seulement, ce qui serait banal, entre énonciations) ne sont pas déductibles de leur contenu informatif » (J.-C. Anscombre, O. Ducrot, préc., p. 18).

<sup>7</sup> V. Champeil-Desplats, « La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français », préc., p. 323.

de révéler les raisons normatives de l'ordre juridique. À la fin, l'argumentation juridique rend connaissable le processus de signification d'un droit fondamental.

**128.** Si la fonction argumentative est constitutive du discours de la fundamentalité, alors *tout argument est nécessairement pragmatique*. Autrement dit, tout argument prend en considération le contexte et les effets de la production normative fondamentale, qu'il soit « textuel », « axiologique » ou « pragmatique » au sens étroit<sup>1</sup>. Selon la conception pragmatiste ici adoptée, la dimension argumentative pénètre le processus de signification d'un droit fondamental. Interprétation et argumentation sont intrinsèquement liées. « Le processus d'interprétation et de compréhension se déploie dans le cadre d'une action communicationnelle qui est caractérisée par le fait que les participants requièrent et donnent des raisons pour toutes les propositions qu'ils avancent »<sup>2</sup>. Les propositions d'interprétation sont soumises à un test de justifiabilité<sup>3</sup> et s'adressent à la communauté de discours dans son ensemble en vue de la construction commune du message normatif<sup>4</sup>. « La pesée du pour et du contre dans la controverse interprétative est déjà un fait d'argumentation : il faut donner des raisons, il faut accepter la discussion »<sup>5</sup>. En droit, le discours de la fundamentalité ayant une finalité normative, l'activité d'interprétation/argumentation qui lui est inhérente est toute entière tournée vers cette finalité.

**129.** L'argumentation discursive est de nature rhétorique<sup>6</sup>. L'activité de la communauté d'interprétation façonne le discours et lui permet de s'adapter aux évolutions du réel social qu'il

---

<sup>1</sup> Selon la typologie de V. Champeil-Desplats (« Étayer les justifications juridictionnelles de la protection des droits et libertés... », préc., pp. 265-278). D'ailleurs, pour l'auteur, l'argument « pseudo-logique » est un argument textuel, variant de l'argument littéral. Il consiste dans l'élaboration d'un rapport d'implication « pseudo-logique » entre le texte et la norme juridique formulée (« il découle » de x ; « il résulte » de x ; x « implique que »). Par exemple : « “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui”. Il *résulte* de ces dispositions qu'en principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle » (CC, 10 nov. 2016, n° 2016-738 DC, *souligné par l'auteur*). Or, l'implication est bien sûr guidée par la conclusion à laquelle l'interprète veut arriver, sinon l'*acte* d'implication n'existerait pas. L'argument est en fait, ici aussi, pragmatique.

<sup>2</sup> V. Petev, « Vérité et justification en droit » dans *Mélanges Paul Amselek*, préc., p. 666. L'auteur fait ici référence à R. Brandom, *Making it Explicit*, Cambridge (Mass.), 1994.

<sup>3</sup> V. Petev, préc., p. 665.

<sup>4</sup> « Persuader autrui suppose en fin de compte que celui-ci accepte de co-construire activement le message pour le faire sien et qu'il le fasse publiquement et en communiquant à ce propos avec ses pairs pour finalement s'engager à agir différemment » (C. Chabrol, M. Radu, *Psychologie de la communication et de la persuasion. Théories et applications*, Bruxelles, De Boeck, 2008 p. 240 cité par R. Amossy, préc., p.18).

<sup>5</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc. p. 220.

<sup>6</sup> La rhétorique vise « à provoquer ou à accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment » (Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1979), Paris, Dalloz, 1999, p. 105).

prend pour objet. Les dispositions réflexives de la fundamentalité servent le caractère dynamique du droit dans son ensemble<sup>1</sup>. Et si, pour adapter le discours juridique aux évolutions sociétales, l'interprète authentique peut être amené à faire preuve d'inventivité normative, il trouvera dans les droits fondamentaux « un fondement convaincant à sa création autonome ».

« Où le trouverait-il mieux qu'en le puisant dans les standards et les topiques dont ils relèvent, qui ont le prestige des grandes évidences sensibles, intellectuelles et morales et qui apparaissent comme d'incoercibles sources matérielles de droit dont il serait fâcheux qu'elles n'émergent pas à la vie juridique ? »<sup>2</sup>.

La faculté argumentative de la fundamentalité est donc précieuse lorsque le juge doit statuer sur des situations juridiques nouvelles, spécialement lorsque ces enjeux sont grandement médiatisés<sup>3</sup>. Une large médiatisation sociale des problématiques éthiques, politiques ou sociales soulevées par une situation juridique nouvelle a effectivement tendance à modifier quelque peu le comportement de l'ensemble de la communauté d'interprétation. Le caractère constitutif de

---

<sup>1</sup> Ainsi, parmi des centaines d'exemples, le fait que la protection des données à caractère personnel (particulièrement celles soumises à un traitement automatique) « joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée » (Cour EDH [GC], 4 déc. 2008, *S. et Marper c/Royaume Uni*). Dans cette affaire exemplaire, se posait la question de la rétention indéfinie des empreintes digitales et autres profils génétiques dans une base de données alors même que la procédure pénale à l'origine de cette rétention s'était conclue par un acquittement. La Cour rappela d'abord que la « lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme, qui constitue l'un des défis auxquels les sociétés européennes doivent faire face à l'heure actuelle, dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification » (§ 105). Toutefois, « la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part (...). La Cour considère que tout État qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière » (§ 112). Le discours de la fundamentalité, réflexif sur son objet (application du droit à la vie privée à la gestion moderne des données ADN), dessine l'équilibre des intérêts que doit préserver la législation et la pratique institutionnelle en la matière. Dans le même ordre d'idées, la Cour de justice confirme que le droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale imposant à un fournisseur de services de communications électroniques, à titre préventif et à des fins de lutte contre les infractions en général ou de sauvegarde de la sécurité nationale, la transmission ou la conservation généralisée et indifférenciée de données relatives au trafic et à la localisation en ce que celle-ci constitue une ingérence disproportionnée aux droits fondamentaux garantis par la Charte, en particulier la protection de la vie privée, la protection des données à caractère personnel ou encore la liberté d'expression (CJUE, 6 oct. 2020, *Privacy International et a., préc.*).

<sup>2</sup> S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p. 59 cité par V. Champeil-Desplats, « La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français », *préc.*, p. 327.

<sup>3</sup> Ainsi, argumenter « renvoie à justifier, expliquer, étayer [...] Mais il est aussi possible de concevoir l'argumentation d'un point de vue plus large et de l'entendre comme une démarche qui vise à intervenir sur l'opinion, l'attitude, voire le comportement de quelqu'un » (J.-B. Grize, *Logique et langage*, Paris, Ophrys, 1990, p. 40 cité par R. Amossy, « Introduction : la dimension argumentative du discours – enjeux théoriques et pratiques », *Argumentation et Analyse du Discours* [En ligne], 2018).

l'argumentation au sein de la fundamentalité s'en trouve alors mis en lumière. L'argumentation remplit un rôle d'acceptabilité sociale de la norme produite, notamment en caractérisant juridiquement la signification du fait problématique<sup>1</sup>. Une fois la situation appréhendée juridiquement, et en particulier par l'intermédiaire des droits fondamentaux, la communauté d'interprétation du discours peut se livrer à une discussion circonscrite et argumentée sur le bien-fondé de la norme élaborée. Les valeurs relayées par le discours ne sont donc pas à l'abri du soupçon et de la remise en cause, elles sont au contraire discutées au sein de la communauté d'interprétation en tant que communauté politique. Au sein de cette communauté, et en lien avec son infrastructure, le discours de la fundamentalité bénéficie d'une assise juridique et sociale qui ne le cantonne pas à une justification *a posteriori* de la norme de droit. Il accomplit également une fonction *a priori* de revendication, par laquelle des destinataires de normes juridiques veulent initier ou modifier l'appréhension politique de certains faits sociaux.

### C. Une fonction de revendication au sein de la communauté politique

**130.** La fundamentalité est un discours juridique qui bénéficie de la force symbolique<sup>2</sup> et de la factualité du droit en général en tant que signification sociale prioritaire. Si elle entretient la croyance de sa neutralité englobante, son infrastructure n'en reste pas moins politique et idéologique<sup>3</sup>. Les droits fondamentaux *promeuvent* des valeurs et des objectifs sociaux que les institutions publiques et les acteurs privés sont tenus de mettre en œuvre<sup>4</sup>. Ils

---

<sup>1</sup> Cf. not. CE, ord., 26 août 2016, req. n°402742, 402777 sur l'affaire dite du « burkini », dans laquelle la Haute juridiction administrative se livre à un véritable « recadrage juridique », bien que, pour des auteurs, elle aurait pu pousser plus loin l'argumentation, notamment en éclaircissant certaines représentations de la laïcité ou du « vivre ensemble » (V. Champeil-Desplats, (« Étayer les justifications juridictionnelles de la protection des droits et libertés... », préc., p. 274). Il pourrait être évoqué également les « spectacles » de Dieudonné, les crèches de Noël dans les bâtiments publics, la fin de vie de Vincent Lambert, les périodes d'état d'urgence (cf. not. O. Pluen, « Le(s) rôle(s) de contrôle du Conseil constitutionnel et de la juridiction administrative pendant la période d'état d'urgence 2015-2017 : entre progression et limites d'une spécificité française », *Droits*, 2019/1, pp. 219-241), etc.

<sup>2</sup> P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* (vol. 64), 1986, n° 1, pp. 3-19.

<sup>3</sup> Selon J. Habermas, « les droits de l'homme ont une sorte de visage de Janus, à la fois tourné vers la morale et vers le droit. Quoiqu'ils aient un contenu moral, leur forme est celles de droits juridiques » (*Parcours 2*, p. 17).

<sup>4</sup> Ainsi, la Constitution de 1958, en son article premier, prévoit que « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». De même, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 énonce que « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » (al. 3) ; « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (al.10) ; « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » (al. 11) ; « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État » (al. 13). À

constituent le discours de l'idéal politique pour une société, ce qui n'enlève rien à leur empirisme en droit. Ils forment le langage de l'élévation des impératifs sociaux ou encore environnementaux<sup>1</sup>, notamment par l'octroi de droits à la nature<sup>2</sup>. Il y a une véritable politique de la fondamentalité, inhérente à l'activité dogmatique du discours, dont les axiomes pénètrent l'ensemble des domaines sociaux jusque dans les pratiques des entreprises privées<sup>3</sup>. L'entreprise qui est le lieu, aussi, d'une forme de valorisation marketing des droits fondamentaux. Le domaine marchand en général peut générer l'instrumentalisation promotionnelle des droits, une « novlangue »<sup>4</sup> y est à l'œuvre, prenant la forme de codes de

---

l'international, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 énonce que « la promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme » (art. 17). Pour la Cour EDH, « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe » ([GC], 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/Russie*). La Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne prévoit, elle, que « L'État promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants » (art. 3 al. 2).

<sup>1</sup> La Charte de l'environnement de 2004, intégrée au bloc de constitutionnalité, prévoit que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (art. 1) ou que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » (art. 2). Pour le Comité des droits de l'homme de l'ONU : « Environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life. Obligations of States parties under international environmental law should thus inform the contents of article 6 of the Covenant, and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law. Implementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, inter alia, on measures taken by States parties to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors » (CDH, 30 oct. 2018, *General comment n° 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, on the right to life, § 62). De même, selon la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe : « La dégradation de l'environnement et la souffrance humaine sont deux aspects d'un même problème. La protection des droits de l'homme doit donc aller de pair avec la protection de l'environnement » (D. Mijatović, « Vivre dans un environnement sain, un droit négligé qui nous concerne tous », *Le carnet des Droits de l'Homme* [en ligne], 4 juin 2019).

<sup>2</sup> Cour IADH, 15 nov. 2017, *Opinion consultative préc.*, n° OC-23/17. La Constitution équatorienne de 2008 énonce : « Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes. All persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature. To enforce and interpret these rights, the principles set forth in the Constitution shall be observed, as appropriate » (art. 71). D'autres sources normatives ont reconnu la personnalité juridique à la nature, notamment en Bolivie, en Nouvelle-Zélande, en Australie, en Inde ou en Colombie (M. Altwegg-Boussac, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme... », préc.).

<sup>3</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; Projet de traité sur les sociétés transnationales et les autres entreprises, et les droits de l'homme en préparation au sein du Conseil des droits de l'Homme des Nations unies (CNCDH, avis du 15 oct. 2019) ; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (1976 ; 2011) ou encore la norme ISO 26000.

<sup>4</sup> L. Martin-Sarthou, *Instruments d'éthique des industries pharmaceutiques françaises et américaines : stratégie de positionnement et efficacité moderne*, Mémoire Master Bilingue Droit de l'Europe, Université Paris-Nanterre, oct. 2018, p. 23 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 204.

conduite, de chartes éthiques, où le langage des droits est mis au service de l'image commerciale des entreprises. Ce qui n'empêche pas, bien sûr, à la fundamentalité de faire son œuvre, et celles-là de revendiquer des droits pour elles-mêmes<sup>1</sup>.

**131.** En tant que discours social structurel, dont l'auditoire est la société dans son ensemble, la fundamentalité a une fonction de revendication politique majeure. Les acteurs privilégiés de cette revendication sont les organisations non gouvernementales (ONG)<sup>2</sup> et autres associations à l'échelle nationale et transnationale, qui font œuvre dogmatique importante, spécialement en matière de non-discrimination, et particulièrement à l'égard des minorités ethniques, religieuses ou sexuelles. Certains commentateurs espèrent encore plus de la part du secteur associatif, en particulier dans le domaine social, afin qu'elles promeuvent les droits sociaux en vue de combattre plus efficacement les inégalités et la pauvreté<sup>3</sup>. En attendant, les associations humanitaires, malgré une tradition de neutralité politique, recourent elles aussi de plus en plus à la grammaire des droits<sup>4</sup>. Elles sont parties prenantes de la judiciarisation de la société en général<sup>5</sup> et cherchent à bousculer la *stabilisation dynamique*<sup>6</sup> des attentes de comportement au niveau international. Ces associations qui sont, par ailleurs, la preuve que la fundamentalité ne peut être réduite à l'individualisme.

**132.** La fonction de revendication du discours de la fundamentalité peut être paradoxalement, aussi, assurée par les institutions du giron étatique. Les juges bien sûr, ceux

---

<sup>1</sup> Cf. not. en matière de vie privée : CE, 17 avril 2013, *Min. du Travail, de l'Emploi et de la Santé c/Cabinet de la Taille*, n° 344924. Toutefois, la Cour de cassation a jugé que si les personnes morales bénéficient du droit à la protection du nom, du domicile, de leur correspondance ou de leur réputation, elles ne sont pas titulaires du droit à la vie privée *stricto sensu* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2016, n° 15-14.072). En matière pénale, elles bénéficient par exemple du droit à l'information sur la possibilité de garder le silence (Cass. Crim., 24 mai 2016, n° 15-82.516) ; cf. not. X. Dupré de Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDLF* 2011-2012, n° 15, 17, 1.

<sup>2</sup> Entre 1975 et 2000, le nombre d'ONG se revendiquant de la protection des droits humains aurait été multiplié par cinq (D. Lochak, « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 297). Les grandes ONG de protection des droits œuvrent à travers le monde et bénéficient d'une large médiatisation (Human Rights Watch, la Fédération internationale des Droits de l'Homme, Amnesty International, etc.) ; B. Frydman, L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *RTDH*, 2009, pp. 74-136, spéc. pp. 97 et s.

<sup>3</sup> Cf. not. L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme... », préc., p. 259 ; P. Alston, « The Populist Challenge to Human Rights », *Journal of Human Rights Practice* (vol. 9), 2017, n° 1, pp. 1-15.

<sup>4</sup> D. Lochak, « Vous avez dit "humanitaire" ? », dans *Le droit figure du politique. Études offertes au Professeur Michel Mialle*, Université de Montpellier, 2008, t. II, pp. 117-140.

<sup>5</sup> J. Commaille et L. Dumoulin, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique* (vol. 59), 2009, n° 1, pp. 63-107.

<sup>6</sup> En référence aux travaux de sociologie juridique de N. Luhmann (H. Rabault, « La théorie du droit fonctionnaliste de Niklas Luhmann », *Droits*, 2018/2, n° 68, pp. 201-221).

spécialisés dans la concrétisation des droits de l'homme ou qui ont fait de la protection des droits fondamentaux la pierre angulaire de leur contrôle, mais aussi les juridictions de première instance, qui font parfois preuve d'audace sur de nouveaux enjeux sociétaux et environnementaux<sup>1</sup>. De manière générale, l'activité juridictionnelle, tournée de plus en plus vers l'effet utile de ses décisions et guidée par une approche contemporaine de la légalité<sup>2</sup>, recourt au pouvoir d'injonction<sup>3</sup> pour susciter l'action publique à travers le langage des droits<sup>4</sup>. Il faut évoquer aussi les interprètes spécialisés non juridictionnels, qui viennent compléter l'architecture institutionnelle et dogmatique de la protection des droits fondamentaux. Le Défenseur des droits à l'évidence<sup>5</sup>, le contrôleur général des lieux de privation de liberté, le CSA, la CNIL, la CADA, voire l'Autorité de la concurrence et HADOPI, ou différemment la Commission nationale consultative des droits de l'homme, permettent de pointer les atteintes particulières et systémiques aux droits par des avis, des recommandations ou des rapports, de traiter juridiquement certaines situations selon une compétence de principe, mais encore d'insuffler une culture des droits différente, plus politique et plus proche des citoyens. Dès lors, le discours des interprètes authentiques, comme l'œuvre des institutions de concrétisation, peut être soumis à l'attraction de discours sociaux interférant, provenant notamment des puissances militantes<sup>6</sup>. Parallèlement, la dogmatique juridique entreprend l'exportation de ses représentations vers l'espace public de la communauté politique. Un espace public de discussion qui revendique de nouveaux droits, sans nécessairement de cohérence juridique,

---

<sup>1</sup> TA Lyon, 15 janv. 2019, n° 1704067, *AJDA* 2019. 1122, note C. Hermon (Le tribunal administratif a annulé l'autorisation de mise sur le marché d'un produit de la marque Roundup eu égard au principe de précaution défini par l'article 5 de la Charte de l'environnement) ; TA Paris, 3 fév. 2021, n°s 1904967 et a. (Le tribunal administratif reconnaît, dans un *jugement avant-dire droit*, l'existence d'un préjudice écologique lié au changement climatique et juge que la carence partielle de l'État à respecter les objectifs qu'il s'est fixés en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre engage sa responsabilité) ; Cf. not. M. Torre-Schaub, *Justice climatique. Procès et actions*, CNRS Éditions, 2020, 88 p.

<sup>2</sup> C. Malverti, C. Beaufils, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », *AJDA*, 2020, p. 722.

<sup>3</sup> Cf. not. CE, 10 juil. 2020, n° 428409 relative à la pollution de l'air.

<sup>4</sup> X. Dupré de Boulois, « On nous change notre... Référé-liberté », *RDLF* [en ligne], 2020, n° 12.

<sup>5</sup> Art. 71-1 de la Constitution : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ». Cf. not. D. Löhner, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, 902 p. ; Institut Maurice Hauriou, « Chronique AAI et protection des libertés », *LPA*, n°s 1-...

<sup>6</sup> C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit...*, préc., p. 282.

lorsqu'il s'agit de requérir un droit fondamental à la sécurité<sup>1</sup>, à la police<sup>2</sup>, à la terre<sup>3</sup> ou encore à la vérité<sup>4</sup>.

133. Enfin, la fonction de revendication des droits fondamentaux est prioritairement exploitée par les individus eux-mêmes. Outre l'usage de la rhétorique structurante de la fondamentalité à travers de nombreux *media*, l'individu destinataire des normes juridiques dispose de l'arme contentieuse pour revendiquer de nouvelles facultés d'action, faire déclarer illégale une politique publique, se prévaloir de l'égalité concrète, médiatiser un enjeu et rallier l'opinion publique à sa cause, etc. La puissance revendicatrice du langage de la fondamentalité favorise bien sûr, même marginalement, son utilisation abusive. Finalement, l'individu peut manier la fondamentalité avec ou contre l'État<sup>5</sup>, s'il est besoin par le recours à des organes supranationaux. Une internationalisation qui fait de la fondamentalité « un langage commun et fédérateur susceptible de relier les aspirations d'acteurs situés dans des contextes culturels, politiques et sociaux très différents »<sup>6</sup>. La dimension fédératrice du discours de la fondamentalité se déploie autant à l'échelle internationale qu'au sein même des sociétés politiques. En ce qui concerne les démocraties pluralistes, le libéralisme tout entier semble être amené à s'exprimer dans le langage des droits, comme un *acte de foi*<sup>7</sup>. Or, il ne faut pas sous-estimer l'action du discours en tant que telle, et croire simplement que la fondamentalité joue un rôle banal d'étendard à la revendication politique. En la matière, le discours fait plus que ce qu'il prétend faire, et son univers sémantique structure un certain rapport au monde, au réel social, à la revendication en tant que telle. En usant du discours de la fondamentalité, les aspirations philosophiques, politiques, sociales, environnementales se formulent par le prisme

---

<sup>1</sup> L'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure prévoit que la sécurité « est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives » (loi du 18 mars 2003), tandis que la Cour de cassation reconnaît « l'obligation pour les États d'assurer le droit à la sécurité des citoyens par la prévention des infractions et la recherche de leurs auteurs » (Crim., 20 déc. 2017, n° 17-82.435) ; X. Bioy, « Droit à la sécurité et compétence de la loi », *AJDA*, 2021, p. 1156 ; M.-A. Granger, « Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité" ? », *RSC*, 2009, p. 273.

<sup>2</sup> M. Lafourcade, « Il faut instaurer un droit à la police », *Le Monde.fr* [en ligne], 6 juil. 2020.

<sup>3</sup> P. Claeys, « The Right to Land and Territory : New Human Right and Collective Action Frame », *RIEJ* (vol. 75), 2015/2, pp. 115-137.

<sup>4</sup> P. Naftali, « Le "droit à la vérité" à l'épreuve de ses mobilisations en Amérique latine: entre ressource et contrainte », *RIEJ* (vol. 75), 2015/2, pp. 139-165.

<sup>5</sup> L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, 142 p.

<sup>6</sup> J. Ringelheim, « Introduction », *RIEJ* (vol. 75), 2015/2, pp. 59-66 (§ 4).

<sup>7</sup> M.-B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006, 340 p.



d'un langage et d'un champ conceptuel déterminé qui cernent la prétention et rationalisent l'espérance. La leçon en est tirée du concept juridique de l'abus de droit fondamental.

\*

\*      \*

**134.** Au-delà des controverses théoriques et parfois idéologiques sur sa nature, il fait peu de doute que le phénomène juridique des droits fondamentaux – ou *fondamentalité* – structure aujourd'hui la manière d'être du droit positif français. Une lecture discursive, qui perçoit au premier abord une objectivité juridique et sociale structurée par un réseau de concepts constitutifs, a permis d'identifier les fonctions de la *fondamentalité* au sein de la communauté d'interprétation du droit. Ainsi, le discours des droits fondamentaux constitue le fondement réflexif de l'ordre juridique à une échelle transnationale. Il est donc, logiquement, le langage privilégié du dialogue entre ces ordres juridiques enlacés. Par suite, le discours de la *fondamentalité* s'enrichit de l'activité normative et cognitive de sa communauté d'interprétation au niveau national, régional et international. À travers sa rhétorique de fondation, il est de fait une ressource argumentative puissante pour ses interprètes. Son influence déborde d'ailleurs le phénomène juridique étroitement entendu, et épouse les aspirations politiques et sociales en général, si bien que le discours de la *fondamentalité* constitue aujourd'hui le langage structurel des sociétés démocratiques. C'est ce langage socialement et juridiquement prééminent qui est en jeu en matière d'abus de droit fondamental.

## Conclusion du Titre 1

135. Afin de connaître le concept de l'abus de droit fondamental, il fallait d'abord connaître le discours dans lequel il s'inscrit. Le discours de la fundamentalité est un phénomène juridique et social objectif qui est affaire généralement de pensée, de langage et de faits sociaux pour une communauté d'interprétation. Sa spécificité est donc moins ontologique que *logique* : une logique matérielle (*le devoir être social*), formelle (*le mode de production de ce devoir être*) et institutionnelle (*la nature des interprètes et leurs rapports lorsqu'ils interviennent dans ce mode de production*).

136. Le discours de la fundamentalité est chargé d'une histoire politique et philosophique circonscrite dans le temps et l'espace : la pensée des droits de l'homme. Cette infrastructure de la fundamentalité est une mémoire axiologique et institutionnelle pour sa communauté d'interprétation, elle forme aujourd'hui le cadre de référence pour la signification des droits. Bien sûr, ce cadre de référence significatif est évolutif. Il faut dire que la communauté d'interprétation des droits fondamentaux a intégré certaines critiques à l'encontre de la pensée des droits de l'homme, lorsqu'il s'est agi de faire de la fundamentalité un discours plus concret, plus effectif, plus inclusif, plus social et sans doute demain plus écologique. Cependant, n'en déplaise aux délateurs, la *métaphysique de l'individu*<sup>1</sup> postulée par la philosophie des droits de l'homme, et critiquée en tant que telle, n'a pas fait de la fundamentalité le discours juridique individualiste que certains s'évertuent à pourfendre. En tant que discours, la fundamentalité est un phénomène intrinsèquement communautaire. Concept constitutif de ce discours, *incarnant* sa logique infrastructurelle et structurelle, l'abus de droit fondamental est une illustration concrète de la dialectique entre autonomie et hétéronomie qui s'opère *au sein même de la signification des droits fondamentaux*.

---

<sup>1</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 15.

## Titre 2. L'identification abductive du concept de l'abus de droit fondamental

*« Travaillons donc à dilater notre pensée ; forçons notre entendement ; brisons, s'il le faut, nos cadres ; mais ne prétendons pas rétrécir la réalité à la mesure de nos idées, alors que c'est à nos idées de se modeler, agrandies, sur la réalité. Voilà ce que nous dirons, voilà ce que nous tâcherons de faire »<sup>1</sup>.*

137. Le cadre énonciatif est à présent posé. L'abus de droit fondamental est un concept juridique à l'œuvre au sein du discours de la fondamentalité. Il reste à savoir quel est l'objet réel de ce concept dans le discours. L'enquête pragmatiste peut véritablement débiter.

138. Si le pragmatisme est une méthode scientifique de clarification conceptuelle, l'abduction en est son raisonnement logique caractéristique<sup>2</sup>. Introduite par C.S. Peirce, elle vise la recherche des causes d'une théorie ou autre conception<sup>3</sup>. Le raisonnement abductif est spécifique en ce qu'il *va vers* l'hypothèse<sup>4</sup>, et non se développe à partir d'elle. Contrairement à l'induction, pour laquelle « nous nous contentons de généraliser à partir d'un certain nombre de cas desquels quelque chose est vrai, et d'inférer que la même chose est probablement vraie de toute la classe », dans l'abduction, « en revanche, nous passons de l'observation de certains faits à la supposition d'un principe général qui, s'il était vrai, expliquerait que les faits soient tels qu'ils sont »<sup>5</sup>. L'abduction est donc une démarche explicative qui reste certes incertaine, mais qui a vocation à introduire des idées nouvelles et à appréhender ce qui ne peut être immédiatement observable. Or, une recherche qui prend pour objet un concept s'intéresse aux causes des phénomènes. Elle suppose l'existence d'une action conceptuelle qui explique

---

<sup>1</sup> H. Bergson, *La pensée et le mouvant. Essais et conférence*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1934, p. 261.

<sup>2</sup> « Si vous considérez attentivement la question du pragmatisme, vous verrez que ce n'est rien d'autre que la question de la logique de l'abduction. (...) le pragmatisme propose une certaine maxime qui, si elle est valable, doit rendre inutile toute autre règle concernant l'admissibilité d'hypothèses au rang d'hypothèses, c'est-à-dire comme des explications de phénomènes tenues pour des suggestions prometteuses ; et c'est, en outre, *tout* ce que la maxime du pragmatisme prétend réellement faire, tout du moins pour autant qu'elle se confine à la logique ; et il ne faut pas la comprendre comme une proposition de psychologie. Car la maxime du pragmatisme est qu'une conception ne peut avoir aucun effet ni impact logique différents de ceux d'une autre conception, si ce n'est dans la mesure où, prise en liaison avec d'autres conceptions et intentions, elle pourrait de manière concevable modifier notre conduite pratique » (C.S. Peirce, « Le pragmatisme comme logique de l'abduction » (1903), dans *Pragmatisme et pragmaticisme*, préc., p. 431).

<sup>3</sup> S. Catellin, « L'abduction: une pratique de la découverte scientifique et littéraire », *Hermès, La Revue*, 2004, n° 39, pp. 179-185.

<sup>4</sup> C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 59.

<sup>5</sup> *Idem*.

pourquoi les phénomènes observés sont tels qu'ils sont. Avec l'abduction, on remonte *de ce qui est à sa raison d'être tel qu'il est*<sup>1</sup>.

**139.** Dans le cadre d'une recherche sur le concept de l'abus de droit fondamental, il faut d'abord identifier les phénomènes juridiques qui sont supposément la conséquence de l'action du concept. En premier lieu, les normes juridiques qui invoquent la notion de l'abus de droit en matière de fundamentalité. En droit comme ailleurs, le mot est le signe du concept. Comme l'exprimait déjà G. d'Occam, *le concept signifie la chose premièrement et naturellement, ce que le mot signifie secondairement (et seulement conventionnellement)*<sup>2</sup>. Encore faut-il se méfier de toute transparence du langage, le mot-concept n'étant pas le concept lui-même. Il faudra donc aller chercher, par-delà les *platitudes* du droit positif<sup>3</sup>, la réalité conceptuelle qui est le véritable objet de cette recherche. Pour ce faire, nous nous appuierons sur la connaissance déjà produite sur le concept, y compris dans un cadre plus large que celui de la fundamentalité (chapitre 1). Après avoir considéré la validité des inférences déjà postulées entre les phénomènes observés et le concept-objet, il sera temps de spécifier notre propre conception qui, appuyée sur de modestes clarifications théoriques, signifiera ce en quoi consiste réellement l'abus de droit fondamental (chapitre 2).

---

<sup>1</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 26 : « Pour supprimer à la fois la misère de l'empirisme et les vertiges du déductivisme, il ne faut rien de moins que le retournement de la méthode : on ne doit plus procéder des principes aux conséquences, mais remonter de ce qui est à sa raison d'être tel qu'il est. Cela revient non seulement à ne sacrifier ni la réalité objective du droit ni l'idéalité normative qu'il véhicule, mais à les penser ensemble, donc, de manière synthétique, *au cœur même de la sphère juridique*, là où le droit trouve ses assises propres, c'est-à-dire ce qui fait la juridicité du juridique ».

<sup>2</sup> *Summa Logicae*, I, 1 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signe*, préc., chap. 1, § 37.

<sup>3</sup> Cf. D. Lewis, « Psychophysical and Theoretical Identifications », *Australasian Journal of Philosophy*, 50, 1972, p. 256 cité par M. Carpentier, « Controverses sur la "nature" du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie*, n° 9-2 : *Joseph Raz*, 2018, p. 129.

# Chapitre 1. La compréhension abductive du concept de l'abus de droit fondamental

140. En nous concentrant pour l'instant sur le mot, porte d'entrée du concept par le langage, nous envisageons l'objet particulier qui se cache derrière la terminologie « abus de droit fondamental » (section 1). Seulement, le droit positif, qui a pour objet immédiat la norme et non la connaissance, ne délivre pas lui-même les clefs de sa compréhension acceptable. Il convient alors de procéder à quelques éclaircissements théoriques dans le but de saisir, en ordre et en structure, l'action conceptuelle de l'abus de droit au sein du phénomène de la fondamentalité (section 2).

## Section 1. Les enseignements du discours juridique sur le concept de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux

141. L'enquête qui vise la compréhension de l'abus de droit fondamental débute par la rencontre d'un discours dogmatique déjà là (§ 1). Ces connaissances ont affaire au concept de l'abus de droit en général, il convient donc de les combiner avec les manifestations positives de la notion en matière de fondamentalité (§ 2).

### § 1. La construction dogmatique de la notion de l'abus de droit

142. « *L'homme est ainsi fait qu'il peut abuser de tout, même des choses qui lui sont les plus chères et les plus essentielles* »<sup>1</sup>. S'il y avait effectivement une nature humaine, l'on ne pourrait être étonné des abus de liberté. Une observation élémentaire du discours juridique témoigne, en tout cas, de la réalité des abus de droit. Mais derrière la notion positive, se cache un concept complexe, délicat<sup>2</sup>, controversé. Il paraîtrait même que « l'imprécision du terme sert merveilleusement la théorie »<sup>3</sup>. Pour ce concept particulièrement, les interprètes du discours juridique rechignent à se laisser enfermer dans le moindre système<sup>4</sup>. Une systématisation

---

<sup>1</sup> R. Dussault, « De l'abus des droits », *Les Cahiers de droit*, 4 (3), 1961, p. 114.

<sup>2</sup> R. Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, p. 365.

<sup>3</sup> G. Ripert, « Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de monsieur Josserand », *Rev. Crit.*, 1929, p. 33.

<sup>4</sup> G. Durry, « La conception jurisprudentielle de l'abus de droit », *RTD civ.*, 1972, p. 395. Pour S. Moracchini-Zeidenberg, « le critère de l'abus se révèle, en droit positif très variable, mais, de plus, il semble bien à première vue résister à tout effort de systématisation. Plus précisément, dès lors que cette diversité de critères est envisagée comme l'expression d'une gradation, aucune explication satisfaisante et d'application générale n'a pu être

déductive et exhaustive de la notion de l'abus de droit serait bien présomptueuse, au regard notamment de la diversité de ses sources normatives et de ses manifestations positives<sup>1</sup>. Il semble, en réalité, que la notion fasse l'objet d'une théorisation continue<sup>2</sup>. Une telle systématisation n'est de toute façon pas l'objet de cette thèse, et l'on se contentera ici, afin de mieux comprendre l'action conceptuelle de l'abus, de rappeler brièvement les origines connues de la notion en France (A), puis d'évoquer quelques-unes de ses manifestations significatives en diverses matières du droit (B).

---

proposée. C'est-à-dire que la corrélation entre un critère plus ou moins large et les caractéristiques de la situation juridique régulée, quelles que soient celles prises en compte, ne peut être systématisée » (*L'abus dans les relations de droit privé*, p. 30 cité par L. Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préf. T. Debard, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 46). Cette imprécision entretenue, voire revendiquée, a pu être dûment critiquée : « [t]o speak of an abuse of a right without attempting to determine its nature is simply to indulge in a rhetorical flourish which finds its only echo in an empty phrase. Some definite criterion is required which will enable us to fix the circumstances in which the purported exercise of a legal right will assume a wrongful aspect » (H.C. Gutteridge, « Abuse of Rights », *The Cambridge Law Journal* (vol. 5), 1933, n° 1, p. 25).

<sup>1</sup> Nombreuses sont les thèses contemporaines, générales ou sectorielles, qui se sont intéressées à la notion de l'abus de droit et qui participent à une telle systématisation. Entre autres : M.-O. Gain, *Essai sur l'abus de droit*, Lille 2, 1991 ; J.-R. Tsika, *L'abus de droit en matière de sûretés*, Rennes I, 1995 ; A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Srasbourg, 1995 ; C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998 ; P. Esmel-Beraudy, *De la spécificité de l'abus de droit en matière fiscale*, Nice, 2000 ; L. Bigiaoui-Duhamel, *L'abus de droit en droit du travail*, Paris 1, 2002 ; S. Moracchini-Zeidenberg, *L'abus dans les relations de droit privé*, Bordeaux 4, 2002 ; M.-C. Seyssel, *L'abus de droit dans les contrats*, Chambéry, 2004 ; L. Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Lyon 3, 2006 ; E. Letombe, *L'abus de droit en droit du travail*, Lille 2, 2007 ; R. Moïse, *L'abus de droit en droit communautaire*, Toulouse 1, 2009 ; M. Lemey, *L'abus de droit en droit international public*, Rennes 1, 2019.

<sup>2</sup> Notamment en droit de l'Union européenne, entre autres : V. Karayannis, « L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire », C.D.E., 1999, n° 56, p. 521 ; A. Kjellgren, « On the Border of abuse, The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention. Fraud and Other Misuse of Community Law », *European Business Law review*, 2000, p. 179 ; D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF., 2001 ; F. Lagondet, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE.*, 2003, n° 95, p. 8 ; A. Noblet, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire. Contribution à l'étude de l'abus de droit communautaire*, Thèse, Rouen, 2004 ; R. Moïse, *L'abus de droit en droit communautaire*, préc. Ou en droit des contrats : P. Stoeffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 2000 ; M.-C. Seyssel, *L'abus de droit dans les contrats*, Thèse, Université de Savoie, 2004 ; P. Pelloux, *L'abus de droit de mettre fin au contrat*, Thèse, A.N.R.T, 2003 ; A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001.

## A. Les origines de la notion de l'abus de droit au sein de l'ordre juridique français

**143.** Au commencement, en France, l'abus de droit est une théorie jurisprudentielle qui ne dit pas son nom. Elle sera révélée par la doctrine civiliste à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Comme la théorie des circonstances exceptionnelles<sup>1</sup>, ou de la voie de fait<sup>2</sup>, c'est bien le juge qui a d'abord utilisé, et inévitablement pensé, la notion de l'abus de droit<sup>3</sup>. La doctrine aime à se réserver la notion de théorie, mais le juge a été le premier à porter un discours de connaissance sur son action – faculté réflexive du discours juridique – pour dessiner les contours du concept de l'abus de droit. Un concept élaboré par un interprète authentique pour trancher un litige, et donc immédiatement normatif. La question reste ouverte de savoir si le concept de l'abus de droit fut utilisé avant sa théorisation effective, du moins en France, au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. Sans doute une forme de conceptualisation primaire, inhérente au lien fondamental entre abus, justice et équité<sup>5</sup>, peut-elle faire remonter l'idée de l'abus de droit aux premières manifestations connaissables du discours juridique, notamment les précédents romains<sup>6</sup>. Quand bien même, il ne pourrait s'agir strictement d'abus de droit au regard de l'absence du concept de droit subjectif en droit romain<sup>7</sup>.

**144.** C'est donc au XIX<sup>e</sup> siècle que l'abus de droit s'est véritablement inscrit dans l'imaginaire des juristes français. Son acte de naissance principal est conventionnellement

---

<sup>1</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*.

<sup>2</sup> TC, 8 avril 1935, *Action française*.

<sup>3</sup> « A ce titre, on peut considérer l'abus comme une illustration du pouvoir créateur de la jurisprudence, à condition de préciser toutefois que le rôle de la doctrine dans cette création a été fort important. L'étude de l'abus permet d'observer un mécanisme d'interaction permanent entre la doctrine et la jurisprudence, pour parvenir à l'édification d'une notion dont l'application est constante en droit positif » (J. Lemée, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, Thèse dactylographiée, UPEC, 1977, p. 1).

<sup>4</sup> E. H. Perreau, « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », *Revue générale du droit*, 1913, p. 481 ; P. Ancel, C. Didry, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX<sup>e</sup> siècle », dans *L'abus de droit, comparaisons franco-suisses*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 50.

<sup>5</sup> D. Mantovani, « L'équité. Histoire romaine du désir de justice » (Droit, culture et société de la Rome antique), *Cours au Collège de France* [en ligne]. Le cours du 11 mars 2020 débute ainsi : « l'équité, plus qu'un concept précis, est une flèche, au mieux elle nous indique une direction pour s'approcher de ce qu'aucune notion rigoureuse ne permet d'anticiper ».

<sup>6</sup> Ch. Appleton, « Les exercices pratiques sur l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 1924, p. 142 ; U. Elsener, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 188 et s. ; M. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Bosc frères, M. et L. Riou, 1936, pp. 27-37 (l'auteur évoque également comme antécédents la théorie musulmane de l'abus des droits ou encore le *Landrecht* prussien).

<sup>7</sup> M. Villey, *Signification philosophique du droit romain*, A.P.P., 1981, p. 381 ; « Les origines de la notion de droit subjectif », *A.P.D.*, 1953-1954, p. 163 cité par *ibid.*, p. 25.

attribué à l'arrêt de la Cour de Colmar de 1855<sup>1</sup>, puis formellement à l'arrêt Clément-Bayard de la Cour de cassation en 1915<sup>2</sup>, bien que la doctrine spécialisée ait identifié des manifestations préalables du concept à la même époque<sup>3</sup>. Convenons cependant que l'abus de droit a explicitement été utilisé, au départ, en matière de droit de propriété, pour les cas où le propriétaire usait de son droit dans le seul but de nuire à son voisin et sans lui-même en retirer la moindre utilité<sup>4</sup>. La question se posera de savoir si l'inutilité de l'acte n'est pas simplement un indice de l'intention de nuire, critère englobant au côté de celui du détournement de la finalité sociale<sup>5</sup> ou économique de l'acte<sup>6</sup>. Il faut dire qu'en matière d'abus de droit, un important travail dogmatique a immédiatement été à l'œuvre pour tenter d'assainir la théorie<sup>7</sup>,

---

<sup>1</sup> Cour de Colmar, 2 mai 1855, *Daerr*, D.P., 1856. 2. 9. Au sujet de l'édification d'une fausse cheminée visant à obstruer la vue des voisins. Sans évoquer l'expression « abus de droit », la Cour considéra que « les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'action d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui ». Autant de critères qui caractériseront les premières conceptions de l'abus de droit ; cf. égal. CA de Lyon, 18 avril 1856.

<sup>2</sup> Cass., req., 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*, n° 00-02.378. Concernant le propriétaire qui avait installé sur son terrain des carcasses en bois de seize mètres de haut surmontées de tiges en fer pointues afin d'empêcher le survol sur son terrain de ballons dirigeables appartenant à son voisin.

<sup>3</sup> La loi du 27 décembre 1890 prévoyait que des dommages et intérêts pourraient être dus lors d'une résiliation unilatérale du contrat de travail, elle fut modifiée par la loi du 19 juillet 1928 qui précisa que des dommages et intérêts pourraient être accordés en cas de résiliation abusive du contrat (Cass. Civ., 20 mars 1929, D. H. 1929, 266). Concernant le droit de grève, constituait une forme d'abus de droit le fait que l'objet de l'action sociale soit détourné de son but, notamment la volonté de renvoyer un ouvrier non syndiqué (Cass., 22 juin 1892, *Joost et syndicat de Jallieu*, D. 1892. 1. 449 ; Cass., 29 juin 1897, D. 1897. 1. 537 ; Cass., 9 juin 1896, S. 1897. 1. 25). C'est à la même époque que les sanctions en matière de recours abusifs apparurent, lorsque l'une des parties agissait par pure malice ou mauvaise foi (Cass. 19 fév. 1879, Dall. 79. I. 445 ; Cass., 11 juin 1890, Dall. 91. I. 193 ; Cass., 3 juil. 1895, préc. ; Cass., 16 jan. 1899, D. 1899. 1. 135). Dès le début donc, l'abus de droit présentait une forte proximité conceptuelle avec d'autres notions juridiques.

<sup>4</sup> Cour de Colmar, 2 mai 1855, préc. ; Cour de Paris, 2 déc. 1871, D. 1873. 2. 185 ; Cour de Lyon, 18 avril 1856, D. 1856. 2. 199 ; Tribunal de Sedan, 17 décembre 1901, S.1904. 2. 217 ; Cass., req., 3 août 1915, préc. ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juin 1980, D. 1981. IR232, obs. Robert. Néanmoins, la notion fut rapidement appliquée à d'autres registres contentieux. Ainsi, est abusif le refus du consentement du père au mariage de son enfant mineur (Cour de Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908. 2. 72, n. Josserand) ou encore le refus d'un employeur d'embaucher des ouvriers syndiqués (Trib. Com. Epervain, 28 fév. 1906, D. 1908. 2. 73, n. Josserand).

<sup>5</sup> CA Pau, 15 févr. 1973, *JCP* 1973. II. 17584, note J. B., *RTD civ.* 1974. 152, obs. Durry.

<sup>6</sup> « Il existe surtout deux critères en vogue, celui qui caractérise l'abus de droit par l'absence d'un intérêt sérieux et licite à exercer le droit, de sorte que le seul but de celui qui l'a exercé ait été de nuire à autrui (intention de nuire, défaut d'intérêt) ; et celui qui déclare abusif tout acte dont l'auteur s'est proposé d'autres fins que celles que le législateur avait assignées à l'exercice du droit (détournement du but économique et social, exercice anormal) » (M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD civ.*, 1906, p. 119).

<sup>7</sup> E. Porcherot, *De l'abus de droit*, Thèse, Dijon, 1901 ; R. Saleilles, « De l'abus des droits » (Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil), *Bull. soc. études et législ.*, 1905, p. 325 ; J. Charmont, « L'abus de droit », *RTD civ.*, 1902, p. 113 ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits* (1927), Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1939 ; G. Ripert, « Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de monsieur Josserand », préc., p. 33 ; L. Campion, « Théorie de l'abus des droits », 1921 ; M. Rotondi, *L'abuso di diritto*, thèse, Padova, 1923 ; G. Morin, « L'abus des droits et les relations du réel et des



et l'on y « retrouve les noms de tous les civilistes marquants de “notre” génération »<sup>1</sup>. La production de connaissance sur le concept doit autant au succès de la notion en droit positif qu'aux controverses théoriques qu'elle suscite<sup>2</sup>. Elle est aujourd'hui présente dans de nombreux ordres juridiques<sup>3</sup>, qu'elle vise plutôt le critérium de l'intention<sup>4</sup> ou celui des conséquences de l'acte<sup>5</sup>.

**145.** En plus de son aura internationale<sup>6</sup>, la théorie de l'abus de droit connaît un champ matériel d'application très vaste. Elle ne s'est jamais limitée au seul droit de propriété et peut aujourd'hui « contrer tous les droits subjectifs »<sup>7</sup>. Aussi bien les droits réels<sup>8</sup> que les droits

---

concepts dans le domaine juridique», préc., p. 267 ; L. De Montera, *De l'abus des voies de droit*, Lyon, 1912 ; M. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Thèse, Université de Lyon, 1936.

<sup>1</sup> M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Université de Caen, 1986, p. 188.

<sup>2</sup> En plus des auteurs préc., M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2<sup>e</sup> éd, 1952 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp. 268 et s. ; V. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, pp. 151 et s.

<sup>3</sup> J. Voyame, B. Cottier, B. Rocha, « L'abus de droit en droit comparé », dans *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, préc., p. 23.

<sup>4</sup> Tel est le cas en Italie (art. 833 C. civ.), en Autriche (art. 1295 C. civ.), au Liechtenstein (L. Cadiet, P. Le Tourneau, « abus de droit », *Rép. Dr. civ.*, juin 2015, n° 3).

<sup>5</sup> Tel est le cas en Allemagne (art 226. BGB), en Suisse (art. 2 C. civ.), en Turquie, en Grèce, au Portugal, en Espagne (art. 7 C. civ.), au Luxembourg (art. 6. C. civ) ou encore au Québec où l'article 7 du Code civil « consacre la théorie de l'abus de droit reconnue tant par la doctrine que par la jurisprudence [reprenant] (...) les deux axes de l'abus de droit : l'intention de nuire et l'acte excessif et déraisonnable » (Ministère de la Justice, *Commentaire du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 8 cité par P.-E. Moysse, « L'abus de droit : l'anténorme. Partie 2 », préc., p. 11).

<sup>6</sup> Cf. not. F. P. Walton, « Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law », *Harvard Law Review* (vol. 22), mai 1909, n° 7, pp. 501-519. Bien que la *Common law* soit généralement réfractaire à la théorie de l'abus de droit *stricto sensu*, en particulier dans sa dimension subjectiviste, en refusant de s'aventurer dans la psychologie du justiciable (L. Smith, « The Motive, Not the Deed », dans *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honor of Edward Burn Joshua Getzler* (éd), Trowbridge, LexisNexis, 2003, spéc. pp. 66 et s.). Toutefois, pour J. M. Perillo, une théorie de l'abus de droit n'est pas étrangère au droit américain si l'on tient compte des notions telles que « nuisances, duress, good faith, economic waste, public policy, misuse of copyright and patent rights » (« Abuse of Rights : A Pervasive Legal Concept », 1995, 27/1 Pac LJ, p. 40 cité par P.-E. Moysse, « L'abus de droit : l'anténorme. Partie II », préc., p. 55).

<sup>7</sup> T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », préc.

<sup>8</sup> Le droit de propriété *stricto sensu* donc, mais aussi en matière de servitude, de sûretés ou encore s'agissant des propriétés incorporelles (V.L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Abus de droit », préc., n°s 48 et s.). En matière de propriété intellectuelle, l'article 8 (2) de *l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* prévoit que « Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie » (Annexe 1 C de *l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*). Une référence à l'abus de droit est également faite, notamment, dans le texte de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle* du 20 mars 1883 (art. 5 A. 2)).

personnels<sup>1</sup>, de même que les droits processuels<sup>2</sup>. Cependant, ses critères constitutifs, en droit positif français pour le moins, ne sont pas fixes. Ainsi, et sans que la liste soit exhaustive, sont évoqués alternativement ou cumulativement pour caractériser l'acte abusif : l'intention de nuire<sup>3</sup>, la gravité de la faute commise<sup>4</sup>, l'importance du dommage causé à autrui ou du préjudice<sup>5</sup>, le défaut d'intérêt sérieux ou légitime<sup>6</sup>, l'absence d'utilité<sup>7</sup>, le détournement de fonction<sup>8</sup>, le but illégitime<sup>9</sup>. La doctrine spécialisée évoque le fameux *faisceau d'indices* pour caractériser le pragmatisme de l'interprète authentique en la matière<sup>10</sup>. Et l'on se satisfait généralement de décrire l'abus de droit comme une « notion à réalités multiples »<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> L'abus est omniprésent en matière contractuelle (M.-C. Seyssel, *L'abus de droit dans les contrats*, préc.) ou encore en droit de la concurrence qui a pu être qualifié de droit « de l'abus » (*Ibid.*, n<sup>os</sup> 78 et s.). Également, bien sûr, s'agissant des droits fondamentaux (*infra*. §§ 152 et s.).

<sup>2</sup> Ce peut être le droit d'agir en justice en général, le droit au recours, ou encore la faculté de demander des mesures d'exécutions. L'abus peut être aussi le fait du défendeur. Cf. not. art. 32-1, art. 559, art. 581, art. 628, art. 680 du Code de procédure civile ; art. 177-2, art. 212-2, art. 392-1 du Code de procédure pénale (abus du droit de se constituer partie civile) ; art. L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Pour une application récente, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 17 janv. 2019, n<sup>o</sup> 17-27207 en matière d'abus du droit d'agir en justice. La Convention EDH prévoit aussi l'hypothèse de requêtes abusives (art 35 § 3 a). Une requête peut ainsi être déclarée abusive si elle se fonde délibérément sur des faits controvés en vue de tromper la Cour (5 oct. 2000, *Varbanov c/Bulgarie*, n<sup>o</sup> 31365/95), si le requérant utilise, dans sa communication avec la Cour, des expressions particulièrement vexatoires, outrageantes, menaçantes ou provocatrices (18 mai 2004, *Řehák c/République tchèque* (déc.), n<sup>o</sup> 67208/01), si le requérant viole de manière intentionnelle l'obligation de confidentialité (18 janv. 2005, *Popov c/Moldova* (n<sup>o</sup> 1), n<sup>o</sup> 74153/01) ou de manière générale *peut être abusif tout comportement d'un requérant manifestement contraire à la vocation du droit de recours et entravant le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle* (15 déc. 2009, *Mirolubovs et a. c/Lettonie*, n<sup>o</sup> 798/05, § 65). Ainsi, est abusif le recours qui entre en violation flagrante avec les droits et valeurs protégés par la Convention (Cour EDH, 7 mars 2017, *Koch c/Pologne* (déc.), n<sup>o</sup> 15005/11).

<sup>3</sup> Not. en matière d'abus de droit de propriété (Cour de Colmar, 2 mai 1855, préc. et a. *Supra*. § 144).

<sup>4</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 15 juin 1988, n<sup>o</sup> 86-15.476, préc., JCP 1989. II. 21223, n. Morançais-Demeester (Le comportement du mari, qui refuse le *gueth* à son épouse alors que ceux-ci ont entendu dissoudre le mariage civil, constitue un abus de droit hors de toute intention de nuire, cf. égal. CA Versailles, 16 fév. 2012, n<sup>o</sup> 10/04809).

<sup>5</sup> La Cour de cassation de Belgique a pu affirmer qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est dommageable pour autrui (16 nov. 1961, Pas., 1962.I.333 cité par Ch. Perelman, *Logique juridique...*, préc., p. 80).

<sup>6</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 janv. 1974, D. 1974. IR 123 (en matière de droit de propriété). Pour L. Jossierand, « dans de très nombreux cas [d'abus de droit], la faute commise par le titulaire consiste à avoir utilisé son droit de façon dommageable pour autrui, sans intérêt appréciable pour lui-même » (*De l'esprit des droits...*, préc., p. 382).

<sup>7</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 2010, n<sup>o</sup> 08-19.108, préc., D. 2010. AJ 706, obs. Forest (en matière de droit propriété).

<sup>8</sup> Tel est le cas, notamment, en matière d'abus de majorité ou de minorité (Cass., Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 1998, n<sup>o</sup> 96-17.307, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 74, JCP E 1998. II. 1971, n. Garçon ; implicite).

<sup>9</sup> CPJI, 25 mai 1926, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, préc.

<sup>10</sup> L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Abus de droit », préc., § 17. Cf. not. Cass. Civ., 22 juin 1892, DP 1892. 1. 449 ; Cass. Civ., 16 juil. 1964, D. 1965. 106, note Savatier ; Cass. Soc., 6 juin 1989, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 425 ; Cass. Soc., 30 janv. 1991, n<sup>o</sup> 89-17.332, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 40 ; Cass. Soc., 2 juin 1992, n<sup>o</sup> 89-40.565, Dr. soc. 1992. 700 ; Cass. Ass., 23 juin 2006, n<sup>o</sup> 04-40.289 ; Cass. Soc., 8 oct. 2014, n<sup>o</sup> 13-18.873, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 223.

<sup>11</sup> J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2004, § 239.

**146.** Pour ne rien arranger, les modalités de sanction de l'abus de droit sont tout aussi diverses. Elles révèlent, en même temps, l'amplitude de la théorie et la façon dont elle transcende les contentieux. Ainsi, et généralement en matière civile, la réparation de l'abus peut être en nature ou consister en l'allocation de dommages et intérêts<sup>1</sup>. Les modalités de sanction peuvent également consister, notamment en droit administratif<sup>2</sup> et en droit constitutionnel<sup>3</sup>, en une annulation de l'acte abusif<sup>4</sup> ou en son inopposabilité<sup>5</sup>. Le phénomène des droits fondamentaux connaît aussi le mécanisme de la « déchéance » du droit dont l'acte litigieux prétend être l'exercice<sup>6</sup>, voire la réduction à son usage normal<sup>7</sup>. En matière contractuelle, il peut s'agir simplement de priver la clause abusive de sa force<sup>8</sup>. Au surplus, l'abus de droit peut être sanctionné d'une amende civile<sup>9</sup> ou pénale<sup>10</sup>, voire d'une peine d'emprisonnement<sup>11</sup>. Devant cette diversité de régimes juridiques abstraits, et afin de mieux comprendre l'action conceptuelle de l'abus de droit, quelques-unes de ses manifestations concrètes devraient nous éclairer.

---

<sup>1</sup> La majorité des abus de droit sont effectivement sanctionnés et réparés par la juge judiciaire sur le fondement de l'ancien article 1382 (aujourd'hui 1240) du Code civil (Cass. Ass., 12 juil. 2000, n<sup>os</sup> 98-10.160 et 98-11.155).

<sup>2</sup> CE, 14 nov. 2018, n<sup>o</sup> 420055 s'agissant de l'abus du droit d'accès aux documents administratifs.

<sup>3</sup> CC, 16 mars 2006, n<sup>o</sup> 2006-533 DC s'agissant de « l'abus » du droit d'amendement (Cf. L. Eck, préc., p. 442).

<sup>4</sup> Également en matière d'abus de majorité et de minorité et en matière fiscale (L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Abus de droit », préc., n<sup>os</sup> 194 et s.).

<sup>5</sup> Également à propos du refus abusif de consentir à une adoption plénière (*ibid.*, n<sup>o</sup> 187).

<sup>6</sup> Aussi en matière d'autorité parentale (art. 378 et s. Code civil).

<sup>7</sup> En Belgique : Cass., 8 fév. 2001, Pas., 2001, I, p. 244.

<sup>8</sup> L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Abus de droit », préc., n<sup>o</sup> 5 ; A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, L.G.D.J, 2001.

<sup>9</sup> En matière de procédure civile (art. 32-1 du Code de procédure civile), administrative (R741-12 Code de justice administrative), également en matière fiscale (art. 1729 du Code général des impôts).

<sup>10</sup> Concernant ce qu'il convient d'appeler pour le moment « abus de la liberté d'expression » (amende seulement, notamment les art. 27, 30, 31, 35 ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).

<sup>11</sup> *Idem.*, notamment les art. 23, 24, 24 bis, 32, 33 de la loi du 29 juillet 1881.

## B. Les manifestations de la notion de l'abus de droit en diverses matières juridiques

147. *En droit international*<sup>1</sup>, les critères maniés par la Cour de justice pour caractériser l'abus de droit sont tout à fait instructifs. Ainsi, l'acte abusif est celui qui excède un certain *cadre normal*, de nature à produire un *avantage illicite* à l'intéressé autant qu'à *priver* le destinataire de l'acte *d'un avantage* auquel il a droit, tout cela dans un *but illégitime*<sup>2</sup>. La perspective est résolument téléologique, ce sont les conséquences de l'acte qui sont appréciées et le but est invoqué de manière explicite. Si l'on s'en tient à une lecture lexicographique, la perspective finaliste adoptée suppose le recours à des notions formellement juridiques (*la licéité de l'avantage induit*) autant qu'à des considérations objectivement floues (le *cadre normal de l'exercice d'un droit*<sup>3</sup>) ou pour le moins indéterminées (*la légitimité du but poursuivi*). La légitimité du but, critère récurrent de la notion de l'abus de droit<sup>4</sup>, pose évidemment la question du cadre référentiel de validité. Est-ce un modèle juridique de l'action libre qui sert d'étalon de mesure ? Ou bien l'appréciation de la légitimité du but poursuivi par un acte social n'a-t-elle à voir qu'avec la morale, l'éthique, voire les propres présupposés de l'interprète authentique ? Sans doute le but est-il un objet juridique à part entière<sup>5</sup>, et même déterminant dans une perspective pragmatiste accaparée par la finalité de régulation sociale du phénomène juridique. Il n'empêche, ici encore, la doctrine a joué son rôle de rationalisation du droit. Pour G. Scelle, en l'occurrence, l'abus de droit est « l'usage international d'un droit dans un but autre que celui pour lequel la compétence de l'exercer est reconnue à un organe étatique dans l'ordre juridique

---

<sup>1</sup> A.-C. Kiss, *L'abus de droit en droit international*, L.G.D.J., 1952 ; N. Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, Paris, 1926 ; S. Trifu, *La notion de l'abus de droit dans le droit international*, Thèse, Paris, 1940.

<sup>2</sup> CPJI, 25 mai 1926, *Affaire relative à certains intérêts allemands...*, préc., pp. 37-38 : « Il reste toutefois à examiner la possibilité, pour la Pologne, de se prévaloir, vis-à-vis de l'Allemagne, d'un abus du droit qu'avait cette dernière d'aliéner des biens situés dans le territoire plébiscité (...). De l'avis de la Cour, l'hypothèse d'un tel abus ne se vérifie pas dans le cas actuel. Il s'agit d'un acte *ne sortant pas du cadre de l'administration normale* des biens publics, et d'un acte qui n'était pas destiné à procurer à une des Parties intéressées un *avantage illicite* et à *priver l'autre d'un avantage auquel elle aurait droit*. La résiliation du contrat (...) paraît, en effet, avoir répondu à un *but légitime de l'administration* » (Nous soulignons).

<sup>3</sup> À propos de ce critère de l'abus de droit, L. Duguit considérait, avec sévérité, que « l'idée du normal et de l'anormal en sociologie, malgré l'autorité de Durkheim qui l'a défendue très vivement et très habilement, ne peut conduire à rien : j'estime même qu'elle est scientifiquement inadmissible » (*Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Ancienne librairie Fontemoing & C<sup>ie</sup>, 1921, p. 176).

<sup>4</sup> Pour V. Altabert, la théorie de l'abus de droit est même tout entière « la mise en œuvre de la notion de but » (*Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Dijon, 1951, p. 82 cité par L. Eck, préc., p. 431).

<sup>5</sup> Cf. M. Maury, *Le but en droit public français*, préc.

international »<sup>1</sup>. Cette définition replace l'abus dans les canons du positivisme juridique, il est constitué lorsque l'acte dépasse *les compétences* dévolues au titulaire du droit. Du point de vue internationaliste, l'organe étatique est titulaire de droits déterminés au regard des compétences qui lui ont été librement consenties (*habilitation*). Cette fonction objective des droits, selon le pouvoir d'autonomie conféré, est, bien entendu, envisageable pour l'ensemble des destinataires des normes juridiques, notamment les personnes privées. Selon la Cour de cassation italienne, l'abus de droit « est reconnaissable, en substance, lorsque, dans le rapport entre le pouvoir d'autonomie conféré au sujet et son exercice, la fonction objective de l'acte est altérée par rapport au pouvoir qui le prévoit »<sup>2</sup>. Il est remarquable ici que le concept de l'abus de droit lie les limites d'une autonomie conventionnellement consentie dans le cadre d'une relation juridique formelle, de type contractuel notamment, avec celles, symboliques, qui dessinent les frontières d'une liberté conçue socialement, conformément aux représentations philosophiques du contrat social.

**148.** *Le droit fiscal* est également un domaine éclairant du point de vue des dispositions conceptuelles de l'abus de droit. En cette matière, la notion désigne l'action spécieuse du destinataire (personne physique comme personne morale) qui, en contrariété avec les objectifs poursuivis par les auteurs de la source normative, a pour finalité de se défaire de ses obligations fiscales<sup>3</sup>. Le concept révèle alors toute sa praticité normative, pour ces situations où le fait frauduleux instrumentalise l'ambiguïté du discours juridique. Le pragmatisme du concept est d'abord rendu nécessaire par la nature de l'autorité normative : l'administration fiscale, qui met en œuvre une *politique fiscale* et notamment une *normativité de directives*<sup>4</sup>. Cette véritable

---

<sup>1</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, 2<sup>e</sup> partie, 1934, p. 39 cité par G. Cohen-Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales », dans *Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 517-545.

<sup>2</sup> Cassazione, Sez. III, 18 sept. 2009, n° 20106, Pres. Varrone – Rel. Urban. L'article 42 de la Constitution italienne prévoit explicitement « la fonction sociale » du droit de propriété.

<sup>3</sup> Art. L64 du Livre des procédures fiscales : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ». L'art. L64 A ajoute l'hypothèse de l'acte qui a « *pour motif principal* d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales... » (*nous soulignons*). Sa rédaction fut modifiée suite à une première censure par le Conseil constitutionnel en vertu du principe de légalité des délits et des peines (CC, 29 déc. 2013, n° 2013-685, § 118).

<sup>4</sup> L'application littérale d'une doctrine administrative peut être constitutive d'un abus de droit (CAA Paris, ch. réunies, 20 déc. 2018, n° 17PA00747. Defrénois flash 11 févr. 2019, n°149h9, p. 12)

politique normative est davantage guidée par le but, raison pour laquelle la notion de l'abus de droit fiscal consiste à confronter les motifs de l'acte litigieux aux *objectifs* poursuivis par la source normative<sup>1</sup>. Une normativité d'objectifs, mise en œuvre par la notion de l'abus de droit, qui est également connue du droit de l'Union européenne<sup>2</sup>. La perspective finaliste est double, et rapproche les considérations subjectives de l'auteur du fait litigieux aux considérations objectives des auteurs de la norme générale et abstraite. Il n'est pas de place ici pour un syllogisme simpliste, tandis que la source textuelle ne constitue pas, en l'occurrence, l'horizon indépassable de la normativité juridique. Au contraire, un acte peut être abusif du fait de sa motivation subreptice, quand bien même son auteur revendiquerait « le bénéfice d'une application littérale des textes »<sup>3</sup>. Un autre point intéressant que révèle le domaine fiscal est la façon dont le concept de l'abus appréhende l'acte fictif en droit, c'est-à-dire « la différence objective entre l'apparence juridique créée par l'acte en cause et la réalité, en particulier économique, sous-jacente à cet acte »<sup>4</sup>. Les perspectives théoriques sont complexes, mais cette définition indique que l'action conceptuelle de l'abus dépasse le référentiel strictement juridique, présenté sous le signe de l'apparence, donc *a priori* de manière formelle, pour appréhender *empiriquement* l'acte, autant par ses manifestations phénoménales que par ses implications concevables. Ici encore, tout dépend du cadre théorique d'analyse. Une conception minimaliste du droit considèrera que la réalité économique de l'acte ne relève pas de la science juridique. *A contrario* une vision plus englobante verra là un objet de la connaissance juridique, puisque l'analyse économique est intégrée au processus normatif concret. Enfin, la matière fiscale fait intervenir une institution particulière, le Comité de l'abus de droit fiscal, composé de magistrats, de professionnels du droit et d'un universitaire. Il émet un avis sur sollicitation d'un particulier ou de l'administration à propos du caractère abusif de faits litigieux. Il s'agit d'une instance spécialisée dans l'interprétation des faits constitutifs d'abus. Cet interprète spécialisé produit donc de la connaissance sur la notion même de l'abus de droit afin d'orienter l'activité normative. Il faudra s'en souvenir.

---

<sup>1</sup> Cf. not. CE, 7 sept. 2009, n° 305596 ; CE, 16 mars 2016, n° 374909 ; CE, 8 fév. 2019, n° 407641.

<sup>2</sup> Cf. not. CJCE, 14 déc. 2000, *Emsland Starke GmbH*, aff. C-1 10/99, § 52 : « La constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint ».

<sup>3</sup> Art. L64 préc.

<sup>4</sup> « CF – Procédures de rectification et d'imposition d'office – Procédures de l'abus de droit fiscal – Procédure de l'abus de fiscal au sens de l'article L. 64 du LPF », *Bulletin officiel des finances publiques-Impôts* [en ligne], consulté le 15 juil. 2019. Cf. not. CE, 27 juil. 2009, n° 295358. Le concept d'abus s'apparente en la matière à la fraude à la loi.

**149.** Le *droit public*<sup>1</sup>, et en particulier *le droit administratif*, a aussi sa notion de l'abus de droit. La dimension téléologique du concept y est encore plus remarquable. S'agissant du droit d'accès aux documents administratifs<sup>2</sup>, l'administration n'est pas tenue de donner suite aux demandes abusives, en particulier par leur nombre ou leur caractère répétitif ou systématique<sup>3</sup>. Par un arrêt du 14 novembre 2018, le Conseil d'État précise que la demande abusive a pour *objet* de perturber le bon fonctionnement de l'administration sollicitée *ou* pour *effet* de faire peser sur l'administration une charge disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose<sup>4</sup>. En cette seconde hypothèse, la désunion est franche entre le comportement *stricto sensu* de l'administré et la condition du fait abusif, celui-ci étant constitué exclusivement en raison des contraintes de fonctionnement de l'administration. La logique finaliste absorbe la considération des agissements du requérant, ce qui donne à la notion de l'abus de droit une bien vaste portée. On comprend, dès lors, les réticences de la rapporteure publique dans cette affaire, qui invita le juge à faire un « usage parcimonieux » de cette « soupape » que constitue la notion de demande abusive<sup>5</sup>.

**150.** La propension objectiviste du concept se retrouve logiquement au sein des dispositions législatives<sup>6</sup> qui ont pour objet la prévention et la sanction des abus de droit. Tel est le cas de la législation à propos des clauses abusives *en droit de la consommation*. En cette matière, l'article L. 212-1 du Code spécialisé prévoit que, dans « les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat »<sup>7</sup>. L'on retrouve ici la dichotomie, déjà rencontrée dans la jurisprudence du Conseil d'État, entre objet et effet de l'acte dans l'appréciation du caractère abusif. Il faut dire que le caractère particulièrement vague de la définition favorise la

---

<sup>1</sup> Cf. not. art L. 112-3 ; L. 112-11 ; L. 122-1 ; L. 221-10 du Code des relations entre le public et l'administration ; L. 600-7 du Code de l'urbanisme. Le juge administratif a pu avoir recours à la notion de l'abus de droit s'agissant du droit de grève (CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 01645), du droit au recours (CE, 25 oct. 1946, *Sieurs Gronier et Gastu*, n°s 71985 et 71986 ; CE, 24 avril 2006, n° 292742) ou encore en matière contractuelle (CE, 13 avril 2016, n° 386775 ; CE, 16 mai 2018, n° 296107).

<sup>2</sup> Un droit que la Constitution garantit selon le Conseil constitutionnel (3 avril 2020, n° 2020-834 QPC).

<sup>3</sup> Art. L. 311-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

<sup>4</sup> CE, 14 nov. 2018, préc., cons. 5 : l'acte est abusif non pas en raison de son *objet*, mais eu égard à ses *effets*.

<sup>5</sup> A. Iljic, *Conclusions* [en ligne] sous l'arrêt préc., p. 4.

<sup>6</sup> Not. La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui regroupe nombre d'incriminations pénales de ce que le Conseil constitutionnel nomme « abus de la liberté d'expression » (CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC) ; égal. Art. 1164 et 1165 du Code civil en matière contractuelle.

<sup>7</sup> Art. L. 212-1 du Code de la consommation.

représentation d'une action conceptuelle homogène. Un concept qui prend pour point de départ la finalité de l'acte<sup>1</sup> confrontée à la finalité de la norme, voire du discours juridique en général ; en l'occurrence, la préservation d'un équilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat. L'intérêt normatif du concept réside dans le fait que l'horizon finaliste inacceptable, plus ou moins précisé par une disposition formelle, est façonné de manière dynamique et contextualisée par l'interprète authentique. La notion de clause abusive précise d'ailleurs les modalités d'une telle contextualisation. Ainsi, « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion »<sup>2</sup>. Le concept de l'abus opère donc une contextualisation particulièrement vaste, tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait et de droit qui entourent l'élaboration de l'acte, pour en *signifier* le caractère abusif ou non abusif. Enfin, le droit de la consommation fait intervenir, là encore, un interprète spécialisé – la Commission des clauses abusives<sup>3</sup> – qui produit de la connaissance aux fins de savoir quelles clauses contractuelles typiques doivent être considérées comme abusives<sup>4</sup>. Une nouvelle fois en matière d'abus de droit, la connaissance produite à propos du concept sert directement son œuvre normative.

**151.** En fin de compte, les dispositions objectivistes du concept de l'abus de droit amènent à relativiser le schisme théorique entre intention de nuire et détournement des fonctions sociales d'un droit. Ces références peuvent agir comme des critères distinctifs de la notion, mais enfin le concept, lui, est tout entier lié par le caractère fonctionnel du discours juridique.

---

<sup>1</sup> Par exemple, perturber le bon fonctionnement de l'administration ou faire peser sur elle une charge disproportionnée (droit administratif), créer un déséquilibre significatif entre les parties au contrat (droit de la consommation), mais aussi se défaire de ses obligations juridiques (droit fiscal), outrepasser ses compétences (droit international), etc.

<sup>2</sup> De « même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion et leur exécution ». Toutefois, l'appréciation du caractère abusif des clauses « ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » (art. L. 212-1, préc.).

<sup>3</sup> « La commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants (...). Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif » (art. L. 822-4 du Code préc.).

<sup>4</sup> « Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives (...) ». (art. L. 212-1, préc.).



« On peut certes souligner les inconvénients des notions “fonctionnelles”, et notamment le fait qu'elles ne sont pour ainsi dire jamais achevées, que leur contenu ne peut être épuisé par une définition. Il ne faut cependant pas exagérer ces inconvénients. D'abord la jurisprudence est amenée peu à peu à dresser un catalogue des principaux cas où elles trouvent application, et ainsi la stabilité et la prévisibilité, si importantes dans la vie juridique pratique, se trouvent assurées aussi bien qu'il est possible »<sup>1</sup>.

En l'occurrence, même lorsque l'acte est abusif en raison de l'intention de son auteur, c'est bien parce que ces intentions ne sont pas conformes à la finalité du discours juridique<sup>2</sup>. Lié par la finalité normative du discours, le concept de l'abus de droit vient sanctionner de manière générale l'acte qui, en apparence, constitue l'exercice d'un droit particulier, mais qui se révèle être, *en réalité*, contraire aux buts du phénomène juridique dans son ensemble<sup>3</sup>, que ce soit en raison des intentions, des moyens, ou des fins qui le gouvernent. Ces critères ne viennent pas diviser le concept, mais servent sa connaissance, conformément à l'exigence cognitive inhérente au discours juridique en général. À ce stade, cependant, il faut reconnaître que la dichotomie entre l'*apparente* validité de l'acte – en tant qu'exercice d'un droit – et sa non-validité *réelle* n'est pas bien satisfaisante. La propriété juridique de l'acte doit effectivement renfermer les buts du droit *ab initio*. Cette perspective objectiviste, voire totalisante, du concept de l'abus de droit, et par suite du discours juridique, n'est pas sans heurter certaines représentations du phénomène des droits fondamentaux. Il n'en reste pas moins que la notion de l'abus de droit fondamental est une réalité en droit positif. La nécessité conceptuelle de l'abus de droit, illustrée par la « prolifération » de la notion<sup>4</sup>, devait logiquement rencontrer l'influence du discours de la fundamentalité.

---

<sup>1</sup> G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G*, 1950, I, 851, n° 4 ; cf. cependant G. Tusseau, « Critique d'une ménotation fonctionnelle (la notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle») », préc.

<sup>2</sup> M. Waline parlait en ce sens de « mobile antisocial » (*L'individualisme et le droit* (1943-1944), préc., p. 410).

<sup>3</sup> A. Guillot évoque, à propos de l'abus de droit, « ce phénomène d'auto-limitation du droit par son but » (« L. Dubouis, La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », *Revue internationale de droit comparé*, 16/1, 1964, p. 231).

<sup>4</sup> R. Kovacevik-Kustrimovic, « Le domaine de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit », *Facta Universitatis, Series Law and Politics* (vol. 1), 1994, n° 1, p. 41.

## § 2. La notion de l'abus de droit dans le discours de la fundamentalité

152. Il n'est pas anodin que la théorie de l'abus de droit se soit véritablement révélée en matière de droit de propriété, peut-être le premier droit qualifié de fondamental<sup>1</sup>, droit égoïste par excellence, et absolu<sup>2</sup> s'il en est. La représentation de la propriété privée a également joué un rôle structurant dans l'imaginaire des droits de l'homme<sup>3</sup>, en tant que champ de l'irréductible liberté, cette sphère de l'intégrité physique et de la conscience préservée. Pourtant, c'est en ce droit des plus essentiels que le concept de l'abus est venu rappeler que la liberté ne pouvait se concevoir que socialement<sup>4</sup>. Paradoxalement, certains auteurs avaient imaginé que la théorie de l'abus de droit déclinerait à mesure de l'émergence des droits de la personne<sup>5</sup>, que sont aujourd'hui globalement les droits fondamentaux. Ainsi, ce qui se formulait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle comme *un abus de droit*, pourrait s'envisager simplement, aujourd'hui, comme un *conflit de droits*<sup>6</sup>. L'intuition était clairvoyante, et il est certain que le contentieux de la fundamentalité

---

<sup>1</sup> Selon X. Bioy (*Droits fondamentaux*, préc., p. 91) le terme apparaît pour la première fois sous la plume de Portalis dans son discours sur le projet de loi portant sur la propriété : « Vous ne serez point surpris que ce projet se réduise à quelques définitions, à quelques règles générales : car le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété ; droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver » (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, p. 132).

<sup>2</sup> La représentation de l'absoluité du droit de propriété a longtemps été entretenue en France par la jurisprudence controversée à propos des constructions empiétant sur le terrain d'autrui. Ainsi, jusqu'à récemment, même lorsque l'empiètement était minime, la Cour de cassation ordonnait la démolition, peu important que le constructeur ait été de bonne foi. En la matière, « la défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus » (not. Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juin 1990, n° 88-16.277 ; 30 oct. 2013, n°s 12-22169 et 12-23546 ; 10 nov. 2016, n° 15-21949). Cette jurisprudence avait fait l'objet de plusieurs QPC contestant sa conformité aux articles 2, 4 et 17 de la DDHC, non transmises au Conseil constitutionnel (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 févr. 2016, n° 15-21949 ; 15 déc. 2016, n° 16-40.240). Finalement, la Cour de cassation a nuancé sa position et fait intervenir, preuve de l'influence du discours de la fundamentalité, le concept de proportionnalité (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 déc. 2019, n° 18-25.113) y compris à travers un contrôle *in concreto* (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 janv. 2020, n° 19-10.375), même si elle continue de rappeler en même temps le caractère absolu du droit de propriété (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juil. 2019, n° 18-17.119). Le conflit de droits et le concept de proportionnalité se substituent habilement, ici aussi, à la notion de l'abus de droit, bien que la jurisprudence en la matière reste incertaine (R. Boffa, « Propriété contre proportionnalité », *Justice et actualités*, déc. 2020, n° 24, p. 106).

<sup>3</sup> Pour E. Picavet, il est effectivement « incontestable que la propriété privée, transposée de ses formes particulières à un statut plus général, joue le rôle d'une matrice pour diverses conceptions de la liberté politique, des libertés publiques et du statut du citoyen face à l'État » (*La revendication des droits...*, préc., p. 74).

<sup>4</sup> Pour L. Jossierand, le caractère absolu du droit de propriété est « purement scolastique et légendaire » (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n° 13).

<sup>5</sup> G. Morin, « L'abus du droit et les relations du réel... », préc.

<sup>6</sup> « Il s'agirait de construire la théorie des droits essentiels de la personne : droits au respect de sa personnalité physique, intellectuelle et morale et, notamment droit à la vie. Les droits de la personne viendraient tout naturellement limiter les droits sur les biens (les personnes étant supérieures aux choses), en particulier la propriété. Et il ne serait plus nécessaire d'invoquer l'abus du droit de propriété » (G. Morin, E. Souriau, M. Blondel, C.-A.

est abreuvé de conflits intersubjectifs, en même temps que davantage de ces droits sont reconnus. Ce faisant, le concept incontournable en matière de droits fondamentaux reste celui de proportionnalité<sup>1</sup>. Pour autant, et malgré le caractère contre-intuitif de la terminologie, l'abus de droit dans le domaine de la fundamentalité est une notion qui s'est développée jusqu'à s'établir solidement en droit positif.

**153.** L'étude nécessairement partielle du droit positif accordera une place prépondérante à l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce choix a ses raisons. D'une part, la Cour EDH est l'interprète authentique étudié qui manie le plus la notion de l'abus de droit fondamental. D'autre part, la Cour de Strasbourg reste remarquable du point de vue de la richesse argumentative de ses décisions. Elle porte un discours de connaissance inégalé sur sa propre activité normative, ainsi que sur le discours de la fundamentalité dans son ensemble. Enfin, l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH au sein des ordres juridiques internes, notamment la France<sup>2</sup>, n'est plus à démontrer<sup>3</sup>. En étudiant les manifestations de la notion de l'abus de droit fondamental dans la jurisprudence de cet interprète spécialisé, l'on intègre directement une source d'influence majeure de la manière d'être du discours de la fundamentalité dans son ensemble. La jurisprudence de la Cour EDH sera donc le matériau privilégié, mais non exclusif, pour constater l'usage nébuleux de la notion de l'abus de droit fondamental (C), lequel n'est pas sans rapport avec l'ambiguïté de son énoncé formel (A). Un usage qui concerne prioritairement, il faut bien le dire, le droit fondamental à la liberté d'expression (B).

---

Emges, « séance du 30 novembre 1928. L'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Les Études philosophiques*, PUF, 3e A., juin 1929, n° 1, p. 2).

<sup>1</sup> *Infra.* §§ 198 et s.

<sup>2</sup> Tant du point de vue de la méthode que de son effectivité. Selon le célèbre arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, les « États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'avoir été attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation (Cass. Ass., 15 avril 2011, n° 10-17.049).

<sup>3</sup> Cf. not. L. Benezech, *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme : contribution à l'étude de la fundamentalisation des droits*, Thèse en Droit public, Université Clermont Auvergne, 2019 ; M. Levinet, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, n° 86, 2011/2, p. 227.

## A. *L'énoncé prescriptif ambigu de la notion d'abus de droit fondamental*

**154.** La notion d'abus de droit fondamental est prévue dans de nombreuses sources normatives formelles, nationales<sup>1</sup> et internationales<sup>2</sup>. À l'image de l'article 18 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne :

« Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, al. 1er), de la liberté de l'enseignement (article 5, al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14) ou du droit d'asile (article 16 a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale ».

La lettre autant que le titre de cette disposition constitutionnelle est explicite<sup>3</sup> : le destinataire des normes qui abuse d'un des droits mentionnés en est déchu. Cette image de la déchéance est associée au concept de l'abus de droit fondamental en général<sup>4</sup>, elle se retrouve particulièrement dans la doctrine spécialisée<sup>5</sup>. Il est aussi remarquable que la Loi fondamentale dresse une liste limitative des droits susceptibles d'abus, tous renvoient à des facultés d'action à la disposition des personnes physiques ou morales<sup>6</sup>. Ce pourrait être une évidence, mais les sources normatives internationales, qui ont sensiblement la même rédaction en la matière, ne discriminent pas entre les droits susceptibles d'abus :

---

<sup>1</sup> Art. 34 de la Constitution chypriote du 6 août 1960 ; art. 25 de la Constitution grecque du 9 juin 1975 ; art. 12 de la Constitution japonaise du 3 novembre 1946 ; art. 103 de la Constitution péruvienne du 29 décembre 1993 ; art. 14 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 ; art. 57 (2) de la Constitution de la République de Bulgarie du 13 juillet 1991 ; art. I § 5 de la Constitution du Michigan du 1<sup>er</sup> avril 1963 ; art. I (sect. 2 a.) de la Constitution de Californie du 7 mai 1879.

<sup>2</sup> Art. 29 § 3 et 30 de la DUDH ; Art. 5 § 1 du PIDCP et art. 5 § 1 du PIDESC ; Art. 54 de la CDFUE ; Art. 17 de la Convention EDH ; Art. 29 de la Convention ADH.

<sup>3</sup> Art. 18 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne : « Déchéance des droits fondamentaux ».

<sup>4</sup> Cour EDH, 22 juin 2010, *Bingöl c/Turquie*, n° 36141/04, § 32.

<sup>5</sup> Cf. not. S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », *RTD*, 2001, n° 46 (spéc.), p. 541.

<sup>6</sup> Les groupements politiques sont historiquement plus aptes à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique. La formalisation de restrictions objectives aux libertés des partis politiques, sorte de clause anti-abus implicite, se retrouve, entre autres, à l'article 4 de la Constitution française et à l'article 18 de la Constitution italienne. Il faut dire aussi que la Cour constitutionnelle fédérale allemande est particulièrement exigeante quant aux conditions matérielles et formelles pour que l'abus de droit soit constitué (Cf. BVerfG, 1 mai 2001, *Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats*, 1 BvQ 22/01, Rn. 1-22, spéc. § 16 ; BVerfGE, 11, 292 ; BVerfGE, 38, 23).

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou 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 »<sup>1</sup>.

**155.** Si la notion juridique n'est pas semblablement délimitée *a priori*, c'est, pour partie, en raison du fait que les rédacteurs n'ont pas considéré les mêmes interprètes comme étant susceptibles de se rendre coupables d'un abus. Alors que la Loi fondamentale allemande reste vague avec l'indéfini « quiconque », la Convention EDH prévoit que les États, les groupements et les individus peuvent commettre un abus de droit. Incontestablement au regard des droits envisagés, et alors que la disposition relative à l'abus est insérée dans le titre « droits fondamentaux », le constituant allemand visait seulement les personnes privées. De son côté, la Convention EDH est un traité régional qui a donc les États parties comme destinataires. À ce stade, et d'un point de vue strictement théorique, la question reste ouverte de savoir si un État peut commettre un abus de droit fondamental. La rédaction de l'article 17 est ambiguë sur ce point, puisque le terme « disposition » peut viser les droits garantis, mais aussi les restrictions formelles à ces droits, ce qui serait alors redondant avec l'article 18 de la Convention<sup>2</sup>. Sans doute guidés par la volonté de restreindre la portée de la notion de l'abus de droit, les rédacteurs ont-ils visé le fait liberticide de l'État accompli au nom des droits. C'est en ce sens que la Cour EDH a tranché la question. Si elle utilise véritablement la notion de l'abus de droit fondamental pour les actes d'un groupement ou d'un individu<sup>3</sup>, la portée de l'article 17 est différente en ce qui concerne les États parties. Son contenu a effectivement deux effets à leur égard : « premièrement, il empêche les États parties de se fonder sur l'une quelconque des dispositions de la Convention dans le but de détruire les droits et libertés garantis (...). Deuxièmement, il fait obstacle à ce que les États parties se fondent sur une disposition de la Convention pour restreindre les droits et libertés qu'elle garantit de manière plus ample que ce que la Convention

---

<sup>1</sup> Art. 17 de la Convention EDH : « Interdiction de l'abus de droit ».

<sup>2</sup> Article 18 Convention EDH (« Limitation de l'usage des restrictions aux droits ») : « Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ». Une disposition normative qui fait bien du but un objet juridique.

<sup>3</sup> Commission EDH, 19 déc. 1959, *Lawless c/Irlande* (rap.), n° 332/57, série B n°1, § 7.

prévoit elle-même »<sup>1</sup>. Un auteur a alors pointé « l'autosabordement »<sup>2</sup>, « l'ambiguïté foncière »<sup>3</sup> inhérente à la rédaction de l'article 17, puisqu'en désignant aussi bien l'État que les personnes privées comme destinataires, son énoncé vise à la fois à prévenir les faits abusifs, voire totalitaires, tout en limitant la possibilité d'y apporter une restriction spécifique. En même temps, l'article 17 n'a jamais été envisagé dans le but d'octroyer à l'État des facultés supplémentaires de restriction aux droits et libertés pour des raisons spécifiques, cette possibilité étant visée exclusivement par l'article 15<sup>4</sup>. Aussi, sauf à considérer qu'il y ait un droit pour l'État à la limitation des droits<sup>5</sup>, fondé notamment sur l'intérêt général, il ne s'agit pas strictement d'abus de droit, mais d'abus de restriction aux droits. Après tout, la Convention EDH envisage ces deux types de dispositions comme des facultés juridiques déterminées. En tout état de cause, et assez logiquement, aucun État n'a été condamné sur le fondement de l'article 17 de la Convention EDH.

**156.** S'agissant de l'ordre juridique allemand, la déchéance des droits est prononcée lorsque l'acte abusif a pour finalité de combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique. *A priori* donc, selon des exigences strictement objectives. Au contraire, les sources textuelles régionales et internationales considèrent comme étant abusifs les actes, illégitimement interprétés comme des droits, qui portent une atteinte illicite aux droits et libertés consacrés. Cette fois, la notion protège également les facultés juridiques subjectives, ce qui n'empêche pas, bien sûr, que l'application du concept soit objective. Selon certaines représentations juridiques communément employées, il s'avère que le concept de l'abus de droit est susceptible de se déployer autant dans les structures contentieuses verticales que horizontales. La lettre des dispositions formelles est ici tout à fait instructive, disposant à chaque fois que la Convention

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 2 fév. 2016, *Bîrsan c/Roumanie* (déc.), n° 79917/13, § 71.

<sup>2</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », dans *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit* H. Dumont et a. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139-197.

<sup>3</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », préc., p. 543.

<sup>4</sup> Commission EDH, *Lawless c/Irlande*, préc.

<sup>5</sup> L'idée d'un État titulaire de droits subjectifs est loin d'être absurde au regard de l'évolution du phénomène juridique. Pour L. Duguit, « la notion fondamentale qui est à la base du système de 1789 et de 1804 et de toutes les législations positives qui s'en sont inspirées est celle de droit subjectif : le droit subjectif de l'État personnifiant la collectivité, le droit subjectif de l'individu » (*Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, préc., p. 9). Plus concrètement, cf. O. Maetz, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Institut Universitaire Varenne, 2011, 442 p.

« ne peut être interprétée comme... », elle formule une authentique *directive d'interprétation*<sup>1</sup>. Ce qui est particulièrement explicite s'agissant de la Convention IADH, pour laquelle l'énoncé pertinent est intitulé « normes d'interprétation »<sup>2</sup>. Par ailleurs, la Cour EDH considère que l'article 17 ne peut être appliqué « qu'en combinaison avec les clauses normatives de la Convention »<sup>3</sup>, ce qui suppose qu'il n'en fait pas partie. Bien sûr, il s'agit là d'une conception étroite de la normativité juridique. La directive d'interprétation recèle ses propres enjeux normatifs, elle est *l'instrument des valeurs à réaliser*<sup>4</sup> au sein d'un ordre juridique, nous aurons l'occasion d'y revenir. En attendant, les dispositions formelles à propos du concept de l'abus de droit fondamental sont tout entières tournées vers le phénomène d'interprétation. Elles signifient *la manière* dont ces droits doivent être envisagés.

157. Malgré la différence de son énoncé formel, l'interprète privilégié de la Convention EDH considère que la notion de l'abus de droit, comme dans l'ordre juridique allemand, est prioritairement destinée à préserver le libre fonctionnement des institutions démocratiques<sup>5</sup>. Les travaux préparatoires à la Convention<sup>6</sup>, qui ont pu être cités par la Cour<sup>7</sup>, témoignent de la préoccupation selon laquelle certains des pires partis totalitaires de l'histoire ont éclos dans un environnement démocratique, avant d'en saper les valeurs et les fondements. Or, la Cour rappelle de manière constante le lien *très clair* établi entre la Convention EDH et la démocratie<sup>8</sup>. En ce sens, la notion de l'abus de droit fondamental constitue l'instrument juridique d'une

---

<sup>1</sup> Les travaux préparatoires aux articles 5 du PIDCP et du PIDESC témoignent de ce que ces dispositions ont été élaborées afin de prévenir toute interprétation erronée des Pactes dans leur ensemble (« Extrait du commentaire des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme préparé par le secrétaire général de l'O.N.U », dans *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe (Commission européenne des droits de l'homme), Strasbourg, 23 avril 1957, Annexe II, p. 20).

<sup>2</sup> Art. 29 Convention ADH (a. s'agissant de la notion de l'abus de droit).

<sup>3</sup> Cour EDH [GC], 23 fév. 2016, *Mozer c/République de Moldova et Russie*, n° 11138/10, § 222.

<sup>4</sup> J. Wroblewski, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 63.

<sup>5</sup> Commission EDH, 20 juil. 1957, *Parti communiste (KPD) c/Allemagne*, n° 250/57 (le fait que la disposition ne soit pas invoquée en défense par le gouvernement est sans incidence s'agissant d'un principe d'interprétation).

<sup>6</sup> *Supra*. § 73.

<sup>7</sup> Cour EDH [GC], 16 mars 2006, *Ždanoka c/Lettonie*, n° 58278/00, § 99.

<sup>8</sup> « On ne saurait exclure qu'un parti politique, en invoquant les droits consacrés par l'article 11 de la Convention ainsi que par les articles 9 et 10, essaie d'en tirer le droit de se livrer effectivement à des activités visant la destruction des droits ou libertés reconnus par la Convention et ainsi, la fin de la démocratie (...). Or, compte tenu du lien très clair entre la Convention et la démocratie (...), nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique. Le pluralisme et la démocratie se fondent sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus ou groupes d'individus, qui doivent parfois accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent afin de garantir une plus grande stabilité du pays dans son ensemble » (Cour EDH [GC], 13 fév. 2003, *Refah Partisi (parti de la prospérité) et a. c/Turquie*, n°s 41340/98, 41342/98, 4134/98, 41344/98, § 99).

« démocratie apte à se défendre »<sup>1</sup>. Il s'agit simplement d'empêcher que des individus ou des groupements totalitaires puissent exploiter, en leur faveur et dans l'accomplissement de leurs sombres desseins, les principes et valeurs proclamés par la Convention<sup>2</sup>. Contrairement à une idée assez répandue, la démocratie n'organise donc pas sa propre remise en cause, et le discours juridique s'en assure. Cependant, la notion d'abus en matière de droits fondamentaux est à manier avec précaution. Si l'État peut être amené à prendre des mesures *concrètes* en vue de sauvegarder sa propre intégrité, il convient, selon la Cour EDH, d'en apprécier *la portée et les conséquences* afin de préserver l'équilibre entre les libertés individuelles et les impératifs liés à la défense d'une société démocratique<sup>3</sup>. L'action conceptuelle de l'abus de droit fondamental suppose donc une appréciation des conséquences sociales du fait litigieux, et par suite de la norme produite, dans le cadre d'un contrôle concret. Ce qui ne doit pas nous étonner, puisque la Cour, pour établir la signification des termes de la Convention, s'appuie sur les règles d'interprétation prévues par la Convention de Vienne. Elle fixe donc le « sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur *contexte* et à la lumière *de l'objet et du but* de la disposition dont ils sont tirés »<sup>4</sup>. Le concept de l'abus est ainsi tout entier tourné vers la finalité du discours de la fundamentalité. En ce sens, la Cour EDH retient comme définition de l'abus de droit : « *le fait, par le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité d'une manière préjudiciable* »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> « Lorsqu'elle est appelée à statuer sur l'existence ou non d'un besoin social impérieux de recourir à une ingérence dans l'exercice de droits garantis par la convention, la Cour est toujours sensible au contexte historique dans [lequel évolue] la Haute Partie contractante en question. Ainsi, dans l'arrêt Vogt (...), elle a pris en considération "l'expérience de l'Allemagne sous la République de Weimar et durant l'amère période qui a suivi l'effondrement de ce régime jusqu'à l'adoption de la loi fondamentale en 1949" et la volonté consécutive d'"éviter la répétition de ces expériences en fondant son nouvel État sur l'idée de démocratie apte à se défendre". Dans bon nombre d'autres affaires aussi, l'expérience historique de l'État en cause est un élément qui a pesé lourd dans l'appréciation de l'existence d'un tel besoin » ([GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, n° 27510/08, § 242).

<sup>2</sup> Cour EDH, 2 sept. 2004, *W. P. et a. c/Pologne* (déc.), préc.

<sup>3</sup> Cour EDH, 1 juin 2015, *Petrovlovskis c/Lettonie*, n° 44230/06, §§ 71-72.

<sup>4</sup> Cour EDH [GC], 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/Turquie*, préc., § 65, nous soulignons. Référence à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>5</sup> Cour EDH, 15 déc. 2009, *Mirolovovs et a. c/Lettonie*, préc., § 62 (nous soulignons).



**158.** La notion d'abus concerne un grand nombre de droits fondamentaux, tels que le droit à la vie privée<sup>1</sup>, la liberté de conscience ou de religion<sup>2</sup>, la liberté d'association<sup>3</sup>, le droit à la non-discrimination<sup>4</sup>, le droit au recours effectif<sup>5</sup>, le droit de propriété<sup>6</sup>, ou encore le droit de se porter candidat à une élection<sup>7</sup>. Pour autant, il est incontestable que l'abus de droit reçoit une application particulière en matière de liberté d'expression. Un lien privilégié qui s'explique simplement par la nature complexe de la liberté d'expression, entre faculté subjective « élémentaire », propice à l'exacerbation, et garantie objective des valeurs fondamentales de l'ordre juridique, voire de la société démocratique dans son ensemble<sup>8</sup>.

*B. L'usage privilégié de la notion d'abus de droit fondamental en matière de liberté d'expression*

**159.** La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 faisait déjà mention du concept de l'abus de droit, mais uniquement en matière de liberté d'expression<sup>9</sup>. Pour X. Philippe, « les rédacteurs de la Déclaration avaient envisagé les limites à apporter à l'exercice de ce droit en laissant au législateur le soin de déterminer les cas dans lesquels il y aurait abus. Il s'agit d'un rapport de proportionnalité exprimé dans la norme entre la liberté reconnue et *son exercice effectif* »<sup>10</sup>. Le législateur français a effectivement formalisé les abus éventuels de la liberté d'expression, prévus et réprimés *a priori* par la loi. S'il lui est loisible d'instituer de telles incriminations, s'agissant d'actes qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, n° 89-19960 : « si toute personne est en droit, notamment pour échapper aux indiscretions ou à la malveillance, de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, de sorte qu'en principe sa volonté doit être sur ce point respectée par les tiers, il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers ».

<sup>2</sup> Cour EDH, 14 mars 2013, *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc.

<sup>3</sup> Cour EDH, *W. P. et a. c/Pologne* (déc.), préc.

<sup>4</sup> Cour EDH, 20 fév. 2007, *Pavel Ivanov c/Russie* (déc.), préc.

<sup>5</sup> Cour EDH, 12 juin 2012, *Hizb ut-Tahrir et a. c/Allemagne* (déc.), préc.

<sup>6</sup> *Idem* et *supra*. §§ 144, 152.

<sup>7</sup> Commission EDH, 11 oct. 1979, *Glimmerveen et a. c/Pays-Bas*, préc.

<sup>8</sup> Selon une considération traditionnelle au sein du discours de la fundamentalité, « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (not. CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC ; CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC).

<sup>9</sup> Art. 11 DDHC : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* » (*nous soulignons*).

<sup>10</sup> *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, P.U.A.M, 1990, p. 84 cité par L. Eck, *L'abus de droit constitutionnel*, préc., p. 301, *nous soulignons*.

tiers, les restrictions portées à l'exercice de cette liberté doivent pour autant être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi<sup>1</sup>. Là encore, la notion de l'abus de droit doit être utilisée avec parcimonie. Pour cette liberté particulièrement protégée, la responsabilité civile délictuelle n'est pas applicable, son exercice abusif est sanctionné au travers des infractions du droit de la presse<sup>2</sup>, conformément au principe constitutionnel de légalité<sup>3</sup> et à l'exigence conventionnelle de prévisibilité<sup>4</sup>. L'abus matériel rejoint, dès lors, l'illicite formel. Seulement, l'exigence de formalisme rend en réalité le *contexte d'énonciation d'autant plus déterminant*<sup>5</sup>. Notamment, lorsqu'il s'agit d'apprécier les éléments constitutifs de l'infraction<sup>6</sup>, et particulièrement en matière artistique, politique ou journalistique. Aussi, le fait qu'un journal contenant des propos litigieux soit connu, de notoriété publique, pour être un hebdomadaire satirique favorise la liberté d'expression et réduit la possibilité d'abus dans un registre conventionnellement comique<sup>7</sup>.

**160.** Parmi de très nombreux exemples, il est une affaire éclairante sur le phénomène de contextualisation en matière d'abus de la liberté d'expression. Elle concernait l'affiche du film

---

<sup>1</sup> Ainsi, ne sont pas conformes à la Constitution : l'incrimination de la contestation de génocides reconnus par loi (CC, 28 fév. 2012, n° 2012-647 DC), l'incrimination de la négation, la minoration et la banalisation de certains crimes n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation judiciaire préalable, y compris des crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre ou crimes de réduction en esclavage (CC, 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC), l'incrimination de la consultation de manière habituelle d'un service de communication au public en ligne faisant l'apologie ou provoquant à la commission d'actes de terrorisme (CC, 10 fév. 2017, n° 2016-611 QPC). Est conforme, mais sous deux importantes réserves d'interprétation, l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (CC, 16 mars 2017, n° 2017-747 DC). Constituent également des abus de la liberté d'expression, la diffusion d'images pornographiques représentant des mineurs et la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes. Cependant, les principales obligations prévues par la loi afin que les opérateurs retirent les contenus haineux ou sexuels diffusés en ligne portent une atteinte à la liberté d'expression qui n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi (CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC).

<sup>2</sup> Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (Chapitre IV). Cf. not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 8 mars 2001, n° 98-17574 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 nov. 2013, n° 12-24.651 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janv. 2014, n° 12-35.264.

<sup>3</sup> TGI Paris, 21 fév. 2002, *Légipresse*, n° 192, 2002, pp. 105-106 : « le principe de légalité exige que toute restriction apportée à la liberté d'expression soit inscrite dans le droit positif », de sorte que seule « l'existence d'une diffamation (...) serait susceptible de caractériser le trouble allégué ».

<sup>4</sup> Cass. Ass., 12 juil. 2000, n°s 98-10.160 et 98-11.155, préc.

<sup>5</sup> C. Viennot, « Les croyances, symboles et rites religieux en droit de la presse : réflexions autour de l'absence d'incrimination de blasphème en droit français », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, pp. 53-78.

<sup>6</sup> « Il revient en conséquence à l'opérateur d'examiner les contenus signalés au regard de l'ensemble de ces infractions, alors même que les éléments constitutifs de certaines d'entre elles peuvent présenter une technicité juridique ou, *s'agissant notamment de délits de presse, appeler une appréciation au regard du contexte d'énonciation ou de diffusion des contenus en cause* » (CC, 18 juin 2020, préc., § 15, *nous soulignons*).

<sup>7</sup> TGI Paris, 2 juin 2009, *Légipresse*, n° 263, 2009, p. 105 (à propos du journal Charlie Hebdo dans un « Numéro spécial Pape », les propos de type « que l'on redonne les chrétiens à bouffer aux lions » ne constituent pas un appel explicite à la discrimination, à la haine ou à la violence notamment du fait que ce journal est « une publication dont la vocation satirique et humoristique et le goût pour la provocation et l'outrance sont connus de tous »).

*Amen* du réalisateur Costa-Gavras. Les demandeurs agissaient en diffamation eu égard à un certain nombre de considérations : « la confusion réalisée entre la croix du Christ et la croix gammée », « l'amalgame résultant de la juxtaposition de deux photographies représentant le visage d'un religieux catholique et celui d'un officier nazi », le « choix du titre “Amen” qui suggérerait que les catholiques ont approuvé le nazisme ». Or, au soutien de son argumentation, le tribunal correctionnel<sup>1</sup> se référa à la « déclaration de repentance » de l'Église de France en date du 30 septembre 1997<sup>2</sup> pour considérer que l'affiche « plus énigmatique que démonstrative d'une volonté de collusion » entre la croix du Christ et la croix gammée « se trouve en parfaite adéquation à la fois avec le propos du film qu'elle annonce, et la pensée actuelle de l'Épiscopat français ». Si certains ont pu être étonnés de cette référence à l'appréciation hiérarchique d'un culte que l'État ne reconnaît pas<sup>3</sup>, la conciliation du discours de l'Église, ou de son interprétation accommodante, avec celui de l'artiste, est révélatrice du raisonnement de l'interprète authentique en matière d'abus de droit. La contextualisation du fait litigieux est vaste, et le juge s'approprie ces autres discours sociaux dans le processus d'élaboration de la norme juridique concrète.

**161.** Une autre affaire trop (mal) connue, à la résonance désormais particulière, témoigne de l'enjeu interdiscursif au sein du processus normatif concret lorsque l'abus de la liberté d'expression est invoqué. Douze caricatures du prophète Mahomet sont publiées dans un journal danois en 2005, des manifestations violentes et autres menaces de mort sont prononcées à l'égard des journalistes à l'origine de la publication. En signe de solidarité, de nombreux quotidiens à l'échelle internationale publient ces caricatures. Le 8 février 2006, l'hebdomadaire *Charlie Hebdo* publie les dessins, et le directeur de la publication est poursuivi en justice par l'Union des organisations islamiques de France notamment, sur le fondement de l'injure publique envers un groupe de personnes à raison de leur religion. Au final, une seule caricature<sup>4</sup> suppose que la « violence terroriste serait inhérente à la religion musulmane »<sup>5</sup>, de

---

<sup>1</sup> TGI Paris, 21 fév. 2002, préc..

<sup>2</sup> Le juge rapporte que l'Église de France avait déclaré elle-même à Drancy le 30 septembre 1997 que le silence des évêques « fut une faute » et que « l'Église de France a failli à sa mission d'éducatrice des consciences » face au nazisme.

<sup>3</sup> H. Leclerc, « Vinci et le Code », *Legicom*, 2015/2, n° 55, pp. 102-108.

<sup>4</sup> Le dessin montre le visage d'un homme barbu, à l'air sévère, coiffé d'un turban en forme de bombe à la mèche allumée, sur lequel est inscrite en arabe la profession de foi de l'islam : « Allah est grand, Mahomet est son prophète ».

<sup>5</sup> TGI Paris, 17ème ch., 22 mars 2007, *Société des habous et des lieux saints de l'Islam et Union des organisations islamiques de France c/ Ph. Val*, *Légipresse*, n° 242, 2007, pp. 123-128.

sorte que les adeptes de cette foi puissent être atteints dans leur considération en raison de leur obédience et alors que cette caricature est de nature à outrager voire blesser la sensibilité de la communauté musulmane. Le juge assume d'ailleurs sa place d'interprète subjectif de la caricature, en considérant que celle-ci « ne porte nullement à rire ou à sourire mais inspire plutôt l'inquiétude et la peur ». Cependant, ce dessin ne saurait être apprécié « indépendamment du contexte de sa publication », « ce cadre factuel » de manifestations violentes dans lequel le journal *Charlie Hebdo*, à l'occasion d'un numéro spécial qui visait spécifiquement les intégristes, « ne s'est pas prévalu d'un objectif d'information du public sur un sujet d'actualité, mais a clairement revendiqué un acte de résistance à l'intimidation et de solidarité envers les journalistes menacés ou sanctionnés ». Autrement dit, la publication intervient dans le cadre d'un débat d'intérêt général sur la liberté d'expression dont le journal se proposait de « tester les limites ». Méconnaître ce contexte, c'est se méprendre sur la signification d'une telle publication. Du reste, formellement, le juge vient ajouter des conditions à la constitution de l'infraction d'injure<sup>1</sup> au regard du contexte. Il exige ainsi, pour que l'expression soit abusive, qu'elle se manifeste de façon « gratuitement offensante », « sans contribuer à une quelconque forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain ». L'opposition entre droit subjectif et droit objectif est mise à mal. La protection objective de la liberté d'expression est ici manifeste, sous l'influence notamment de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>2</sup> – citée en l'espèce par le juge judiciaire<sup>3</sup>. Ces dessins furent republiés le 2 septembre 2020 en une de l'hebdomadaire sous-titré « Tout ça pour ça », à l'occasion du début du procès des attentats de *Charlie Hebdo* et de *l'Hyper Cacher* des 7, 8 et 9 janvier 2015 ayant fait 17 morts dont la moitié, membres de la rédaction du journal satirique, a été assassinée pour ces caricatures.

---

<sup>1</sup> « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure » (art. 29 loi du 29 juillet 1881, préc.).

<sup>2</sup> La protection objective de la liberté d'expression par la Cour EDH se manifeste au travers des obligations positives de l'État à assurer la circulation des idées (25 mars 1985, *Barthold c/Allemagne*, n° 8734/79), à protéger les journalistes (16 mars 2000, *Özgür Gündem c/Turquie*, n° 23144/93) ou encore à lutter contre la constitution de monopole dans les médias (7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L et a. c/Italie*, n° 38433/09). Le Conseil constitutionnel s'assure également du pluralisme des idées et des courants d'opinion, un objectif à valeur constitutionnelle (11 oct. 1984, n° 84-181 DC, préc.).

<sup>3</sup> TGI Paris, 22 mars 2007 préc. : « Attendu que celle-ci [la liberté d'expression] vaut non seulement pour les informations accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes dans une société déterminée, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent, ainsi que l'exigent les principes de pluralisme et de tolérance qui s'imposent particulièrement à une époque caractérisée par la coexistence de nombreuses croyances et confessions au sein d'une nation » (référence à Cour EDH [GC], 7 déc. 1976, *Handyside c/Royaume-Uni*, préc., § 49). Une référence reprise en appel (CA Paris (11<sup>ème</sup> ch. sect. A), 12 mars 2008).

**162.** La contextualisation objective que fait intervenir le concept de l’abus de droit n’est pas seulement historique, elle est aussi, résolument, téléologique. Elle met en perspective les conséquences sociales de l’acte litigieux, et avec elles celles de la norme formulée<sup>1</sup>. Il peut être fait référence, sur ce point, au contentieux *Giniewski contre France*. L’affaire est connue, un article journalistique faisait le lien entre une encyclique papale et les origines de l’holocauste. La Cour de cassation considéra que « les propos incriminés imputaient à la communauté catholique une incitation à l’antisémitisme et la responsabilité des massacres commis à Auschwitz »<sup>2</sup>, ce qui est constitutif de l’infraction de diffamation. Au contraire, selon la Cour EDH, l’ingérence ainsi commise dans l’exercice du droit à la liberté d’expression n’était pas nécessaire dans une société démocratique. En l’occurrence, la condamnation du chef de diffamation publique ne répondait pas à un besoin social impérieux<sup>3</sup>. Aux termes d’une argumentation empreinte d’un fort libéralisme politique, elle a considéré que le journaliste n’avait fait qu’apporter « une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d’idées »<sup>4</sup>. Or, il est pour elle « primordial dans une société démocratique que le débat engagé, relatif à l’origine de faits d’une particulière gravité constituant des crimes contre l’humanité, puisse se dérouler librement »<sup>5</sup>. L’on retrouve logiquement le lien robuste entre l’application du discours de la fundamentalité et les idéaux d’une société démocratique, ici envisagée sous le mode délibératif. La contextualisation objective à l’œuvre derrière le concept de l’abus de droit fondamental prend donc en considération les conséquences concrètes, mais aussi symboliques de la norme résultante. L’interprète authentique de la Convention EDH attache à la norme juridique formulée une représentation normative de la société démocratique, et du rôle du discours de la fundamentalité en son sein. Autrement dit, pour apprécier l’abus de droit fondamental, le juge met en présence les valeurs de la société démocratique et du discours de la fundamentalité au sein du processus normatif concret. Il déploie ainsi une normativité pratique pour laquelle le normatif – *la logique de la fundamentalité* – et le cognitif – *la connaissance des valeurs démocratiques* – marchent effectivement de concert.

---

<sup>1</sup> « Comme dans le cas des “discours de haine”, l’appréciation par la Cour de la nécessité d’ingérences dans l’expression de propos concernant des événements historiques s’opère aussi dans une large mesure au cas par cas et est fonction des effets combinés de la nature et des répercussions potentielles des propos ainsi que du contexte dans lequel ils ont été tenus » (Cour EDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc., § 220).

<sup>2</sup> Cass. Crim., 28 avril 1998, n° 95-85958.

<sup>3</sup> Cour EDH, 31 janv. 2006, *Giniewski c/France*, n° 64016/00, § 53.

<sup>4</sup> *Ibid.* § 50. Il est toutefois des limites indépassables, même au regard du contexte, quant à la substance du discours proféré. En l’espèce, l’article ne présentait pas un caractère gratuitement offensant ou injurieux et n’incitait ni à l’irrespect ni à la haine selon la Cour. Contrairement à l’affaire *Garaudy c/France* (n° 65831/01), il ne contestait pas non plus la réalité de faits historiques clairement établis (*ibid.* § 52).

<sup>5</sup> *Ibid.* § 51.

**163.** La préservation de certains intérêts objectifs rejoint logiquement la protection des individus dans leur relation intersubjective. Par exemple, le trouble objectif que cause à la démocratie et aux droits de l'Homme la contestation de crimes contre l'humanité apparaît en même temps, et d'un point de vue strictement intersubjectif, comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les juifs et d'incitation à la haine à leur égard<sup>1</sup>. L'abus vise la répression des actes qui altèrent la substance du lien interindividuel, ceux qui font montre d'une hostilité négatrice du lien social dans une communauté politique. L'office du juge reste en cette matière difficile, notamment lorsqu'il s'agit de distinguer les propos pouvant heurter la sensibilité des personnes sans constituer une infraction pénale, de ceux qui provoquent haine et hostilité, caractéristiques d'une telle infraction<sup>2</sup>. Comment caractériser juridiquement le sentiment de rejet et d'hostilité que suscite un discours ? Pour le juge judiciaire, le propos qui laisse croire à un projet de guerre civile initié par les musulmans et appelant « à la résistance et au rassemblement contre les forces du mal ainsi désignées » vise à « provoquer chez les lecteurs notamment par l'emprunt au langage guerrier, un sentiment de rejet et d'antagonisme à l'égard de l'ensemble des musulmans »<sup>3</sup>. Lorsque Dieudonné déclare que « les Juifs, c'est une secte, une escroquerie, une des plus graves », ces propos ne relèvent pas de « la libre critique du fait religieux, participant d'un débat d'intérêt général, mais constituent une injure visant un groupe de personnes en raison de son origine »<sup>4</sup>. En la matière, la Cour EDH renvoie à une Recommandation de politique générale<sup>5</sup> de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance selon laquelle, souvent, « le discours de haine a ceci de caractéristique qu'il peut avoir pour but, ou dont on peut raisonnablement attendre qu'il ait pour effet, d'inciter autrui à commettre des actes de violence, d'intimidation, d'hostilité ou de discrimination à l'encontre

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 24 juin 2003, *Garaudy c/France* (déc.), préc.. Cf. égal. CDH, 8 nov. 1996, *Faurisson c/France* ; Cass. crim, 17 juin 1997, n° 94-85.126.

<sup>2</sup> TGI Paris, 23 mars 2012, *Ministère public c/ P. Cassen et a., L'Égipresse*, n° 295, 2012, p. 346 (est illicite le fait de compiler des propos licites tenus par des dirigeants musulmans en raison de l'amalgame qu'il produit, et donc de son caractère discriminatoire).

<sup>3</sup> TGI Paris, 24 nov. 2005, *L'Égipresse*, n° 229, 2006, p. 30. L'infraction de provocation à la haine est également constituée s'agissant d'un article qui présente les musulmans comme « des hordes inassimilables, envahissant les coins les plus reculés de France, dont il faudrait se réjouir du départ » (Cass. Crim., 7 sept. 1999, n° 98-85.177). D'après le CSA, un chroniqueur déclarant dans une émission diffusée à la télévision que les mineurs étrangers isolés sont « pour la plupart » ou « tous » des « voleurs », « des violeurs », « des assassins » se livre à des propos dont le caractère violent et répété stigmatise les personnes visées et « traduit l'expression d'un vif sentiment de rejet à leur égard. Ces propos, quand bien même ils ont été tenus dans le cadre d'un débat en lui-même légitime sur la politique d'accueil des mineurs étrangers isolés en France, sont ainsi de nature à inciter à la haine envers cette population, pour des raisons de nationalité » (Décision du 17 mars 2021 *portant sanction à l'encontre de la société d'exploitation d'un service d'information*).

<sup>4</sup> Cass. Ass., 16 fév. 2007, n° 06-81.785.

<sup>5</sup> Recommandation de politique générale n° 15 sur la lutte contre le discours de haine adoptée le 8 déc. 2015 ?

des personnes visées ; l'élément incitatif suppose qu'il existe soit une intention manifeste à commettre des actes de violence, d'intimidation, d'hostilité ou de discrimination, soit un risque imminent de survenue de tels actes en conséquence de l'usage du discours en question »<sup>1</sup>. L'abus de la liberté d'expression s'apprécie donc particulièrement au regard du critère de l'intention de nuire. Aussi, le délit de provocation est logiquement exclusif de toute bonne foi<sup>2</sup>, puisqu'il réprime les discours qui incitent à la discrimination, à la haine ou à la violence. Pour autant, et sous l'influence encore de la Cour EDH, le juge judiciaire assure une protection objectivement renforcée de la liberté d'expression, y compris à l'encontre de propos dont l'intention de nuire est manifeste, incitant à la peur ou à l'hostilité<sup>3</sup>. Les organes d'application du droit veillent à ce que les infractions de provocation à la haine ne soient pas les nouveaux délits d'opinion ou de blasphème<sup>4</sup>.

**164.** L'appréciation de l'abus de la liberté d'expression, spécialement en matière artistique, politique ou journalistique<sup>5</sup> est donc une œuvre complexe, de temps à autre

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 2 septembre 2021, *Sanchez c/France*, n° 45581/15, § 88.

<sup>2</sup> Cass. Crim., 16 juil. 1992, n° 91-86156.

<sup>3</sup> Cass. Crim., 30 mai 2007, n° 06-84328 (concernant un tract intitulé « Pas de cathédrale à la Mecque, pas de mosquée à Strasbourg », dénonçant une subvention publique d'une construction de mosquée, et sur lequel était inscrit notamment « Au Kosovo, les églises sont brûlées ou transformées en mosquées », « La République islamiste, l'UMPS la fait ») ; Cass. Crim., 14 fév. 2006, n° 05-81932 (concernant un prospectus sur une manifestation intitulée « La nuit de la Sainte-Capote » avec comme dessin une religieuse associée à l'image d'un angelot muni d'un arc et d'une flèche et de deux préservatifs, et pour légende : « Sainte Capote protège nous ») ; Cass. Crim., 15 mars 2011, n° 10-82809 (Qualifier l'Évangile selon Saint-Marc « d'ouvrage pornographique » et le Christ de « gros cochon » et de « pédophile avéré » constituent des propos certes « inconvenants », mais objectivement « ironiques », qui ne relèvent pas de la provocation à la haine, particulièrement dans le cadre d'un hebdomadaire satirique « délibérément provocateur »).

<sup>4</sup> S. Jacopin, « Le recours à la notion de démocratie par la Cour de cassation. Du rôle de la chambre criminelle dans la répression des délits de presse. “De ce qui est nécessaire dans une société démocratique” », *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions* M. Rota (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 47. La liberté d'expression à propos de doctrines religieuses n'est toutefois pas absolue, et la condamnation d'une personne ayant insinué que Mahomet avait des tendances pédophiles ne viole pas l'article 10, car ces propos ne reposaient pas sur une base factuelle suffisante ; ils ne contribuaient pas, objectivement, à un débat d'intérêt général et pouvaient mettre en péril la paix religieuse en Autriche (Cour EDH, 25 oct. 2018, *E. S. c/Autriche*, n° 38450/12).

<sup>5</sup> Cour EDH [GC], 20 mai 1999, *Bladet Tromso et a. c/Norvège*, n° 21980/93, § 59 : En matière de liberté d'expression journalistique, « la Cour doit tenir compte d'un élément particulièrement important : le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui et à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général (...). En outre, la Cour est consciente de ce que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (...). [L]a marge d'appréciation des autorités nationales se trouve circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » en fournissant des informations sur des questions sérieuses d'intérêt général ».

controversée<sup>1</sup>. Le concept est pris en tenaille entre les finalités parfois difficilement conciliables du discours de la fundamentalité dans son ensemble : une protection renforcée de la liberté d'expression en vertu d'une conception délibérative de l'espace démocratique, lieu d'échanges et de confrontations parfois acerbes<sup>2</sup>, et la préservation des droits d'autrui<sup>3</sup>, y compris une certaine considération de la personne en tant que telle – souvent assimilée au principe de dignité humaine<sup>4</sup>. La tâche est surtout rendue complexe, il faut bien le dire, en raison de la juridictionnalisation toujours plus forte des rapports sociaux, soutenue notamment par la stratégie offensive de certaines associations promptes à la défense d'intérêts catégoriels. À la fin, il s'agit autant de réguler l'usage social de la liberté d'expression conformément à une certaine représentation de la société démocratique, que de ménager les relations interpersonnelles. Si l'on se réfère précisément aux infractions du droit de la presse, les incriminations de provocations aux crimes et délits<sup>5</sup>, l'interdiction de diffusion de nouvelles fausses ou mensongères<sup>6</sup>, la répression de l'outrage à l'encontre des agents diplomates étrangers<sup>7</sup> ou encore l'interdiction de certaines publications en raison de leur objet<sup>8</sup> poursuivent une finalité plutôt objective. Parallèlement, les incriminations d'injure ou de diffamation<sup>9</sup> ont plus une finalité d'entente intersubjective. Bien entendu, ces finalités *immédiates*, souvent mêlées, ne s'opposent pas au sein du phénomène juridique. Au contraire, elles se poursuivent simultanément d'un point de vue discursif, notamment, et parfois maladroitement, à travers la notion de l'abus de droit.

---

<sup>1</sup> Not. Cour EDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc. *Infra.* §§ 341 et s.

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 7 déc. 1976, *Handyside c/Royaume-Uni*, préc. : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun (...) elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillis avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture dans lesquels il n'est pas de "société démocratique" ».

<sup>3</sup> Cour EDH, 14 janv. 2007, *Hachette Filipacchi associés c/France*, n° 71111/01.

<sup>4</sup> CA Paris, 17 mars 2011, *D. M'bala M'bala* ; CE, ord., 9 janv. 2014, préc. ; 11 janv. 2014, n° 374552.

<sup>5</sup> Loi du 29 juillet 1881, préc., Chapitre IV, § 1 : « Provocation aux crimes et délits ». La contestation de l'existence d'un crime contre l'humanité ou le fait de nié, minoré, banalisé celle d'un crime de génocide relève de la provocation aux crimes et délits.

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 2 : « Délits contre la chose publique ».

<sup>7</sup> *Ibid.*, § 4 : « Délits contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers ».

<sup>8</sup> *Ibid.*, § 5 : « Publications interdites, immunités de la défense ».

<sup>9</sup> *Ibid.*, § 3 : « Délits contre les personnes ». D'ailleurs, lorsque l'infraction est commise envers des personnes considérées individuellement, les associations spécialisées ne pourront agir en justice qu'avec l'accord de ces personnes (art. 48-1 de la loi préc.).



### C. L'usage énigmatique de la notion de l'abus de droit par la Cour EDH

**165.** Nous le savons à présent, l'article 17 de la Convention EDH a deux types distincts de destinataires. Les États d'un côté, et les groupements ou particuliers de l'autre. Or, si l'énoncé juridique formel de l'abus de droit ne manque pas d'ambiguïté, il n'explique pas à lui seul le caractère objectivement énigmatique de la jurisprudence de la Cour EDH en la matière. Une incohérence méthodique assez regrettable au regard de l'influence de cet interprète spécialisé dans la protection des droits fondamentaux.

**166.** S'agissant *des États*, on l'a vu, l'abus de droit n'a simplement jamais été utilisé. Soit que la Cour ait déjà statué sur la requête à partir d'autres dispositions de la Convention<sup>1</sup>, soit que les faits reprochés ne soient pas assez graves pour conduire à une condamnation de l'État sur ce fondement restrictif<sup>2</sup>, soit, enfin, que la juridiction de Strasbourg écarte de manière quelque peu autoritaire le grief en considérant qu'il ne relève pas du champ d'application de l'article 17. Ainsi, dans l'affaire *Mozer c/République de Moldova et Russie*, alors que la Cour a reconnu d'une part, que le requérant avait été arrêté, détenu irrégulièrement et avait subi des traitements inhumains et dégradants tout en étant privé du droit au recours effectif sous l'autorité de la « République moldave de Transnistrie » – une entité séparatiste non reconnue sur le territoire de l'actuelle Moldavie, et d'autre part, que cette entité était étroitement dépendante de l'appui militaire, économique et politique de la Russie – de sorte que la Cour a conclu à la violation par cet État des articles 3, 5 §1, 8, 9 et 13 (combiné avec les articles 3, 8 et 9), elle a toute même estimé que rien ne portait à croire que la Russie « ait cherché à détruire délibérément un ou plusieurs des droits invoqués (...) ou à imposer à ces droits des limitations plus amples que celles prévues dans la Convention », si bien que le grief tiré de la violation de l'article 17 par cet État était manifestement mal fondé<sup>3</sup>. L'argumentation de la Cour n'est pas seulement contestable d'un point de vue factuel, elle est surtout inutile d'un point de vue juridique. La spécificité de l'article 17 est de se prononcer sur *l'usage d'un droit allégué*. La question posée à la Cour de ce point de vue n'est donc pas celle de savoir si l'État défendeur a délibérément cherché à violer les droits prévus par la Convention, mais *s'il réclamait un droit*, plus ou moins explicitement, à une telle restriction – en l'occurrence constitutive d'une

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays bas*, n° 5100/71, § 104 ; Cour EDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/Suède*, n°s 7151/75 et a., § 76 ; Cour EDH, 3 mai 2007, *Ulusoy et a. c/Turquie*, n° 34797/03, § 59.

<sup>2</sup> Cour EDH, 2 fév. 2016, *Bîrsan c/Roumanie*, préc., § 71 ; Cour EDH, 18 mai 2004, *Seurot c/France* (déc.), n° 57383/00 ; Cour EDH, 23 fév. 1999, *Preda et a. c/Italie* (déc.), n°s 28160/95 et 28382/95.

<sup>3</sup> Cour EDH [GC], 23 fév. 2016, *Mozer c/République de Moldova et Russie*, préc., § 223.

violation de la Convention. Dans cette affaire comme dans toutes les autres, l'État défendeur ne tient évidemment pas une telle argumentation ; il se place seulement sur le plan des ingérences valides aux droits fondamentaux, directement prévues dans les dispositions relatives aux droits, voire invoque des motifs de fait ou de droit d'exonération de sa responsabilité. Autrement dit, au regard de la structure contentieuse telle qu'elle se présente généralement devant la Cour EDH, l'article 17 n'a aucune utilité à l'égard des États. Seule une utilisation « audacieuse » est envisageable : elle consisterait à disqualifier l'invocation d'un droit par l'État au bénéfice de ses ressortissants – par exemple le droit à la vie ou à la santé (à travers l'article 8, combiné ou non avec l'article 2) – car cette invocation aurait pour effet de limiter d'autres droits – par exemple le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, la liberté de conscience, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association... – de « manière plus ample » que ne le prévoit la Convention. Nous reviendrons sur une telle hypothèse prospective<sup>1</sup>, qui, en tout état de cause, ne s'est jamais présentée en droit positif.

**167.** Concernant *les groupements ou les particuliers*, les modalités d'utilisation de la clause de l'abus de droit sont évolutives. L'article 17 est ainsi évoqué contre les actes qui sont contraires à *la lettre et à l'esprit* de la Convention<sup>2</sup>, ceux qui sont *incompatibles avec la démocratie ou autres valeurs fondamentales* qu'elle défend<sup>3</sup>, et enfin ceux qui sont strictement *contraires aux droits et libertés* qu'elle reconnaît<sup>4</sup>. D'une manière ou d'une autre, ces actes qui prétendent exercer des droits contribuent à « la destruction » des véritables droits et libertés garantis par la Convention EDH. Précisément, l'article 17 a pour but de disqualifier les actes de haine<sup>5</sup>, de violence<sup>6</sup>, xénophobes ou de discrimination raciale<sup>7</sup>, antisémites<sup>8</sup>, islamophobes<sup>9</sup>, terroristes ou de crimes de guerre<sup>10</sup>, négationnistes ou de révision de faits historiquement

---

<sup>1</sup> *Infra.* §§ 348 et s.

<sup>2</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc. ; *Garaudy c/France* (déc.), préc. ; *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc. ; *W. P. et a. c/Pologne* (déc.), préc. ; 13 déc. 2005, *Witzsch c/Allemagne* (n° 2, déc.), n° 7485/03.

<sup>3</sup> CEDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc. ; 20 fév. 2007, *Pavel Ivanov c/Russie* (déc.), préc.

<sup>4</sup> Cour EDH, 1 juil. 1961, *Lawless c/Irlande* (n° 3), n° 332/57 ; 5 mars 2013, *Varela Geis c/Espagne*, n° 61005/09 ; 23 fév. 2016, *Mozer c/République de Moldova et Russie*, préc.

<sup>5</sup> Cour EDH, 23 oct. 2012, *Molnar c/Roumanie* (déc.), n° 16637/06 ; Cour EDH, 27 juin 2017, *Belkacem c/Belgique* (déc.), n° 34367/14.

<sup>6</sup> Cour EDH, *Hizb ut-Tahrir et a. c/Allemagne* (déc.), préc. ; Cour EDH, *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc.

<sup>7</sup> Cour EDH, 23 sept. 1994, *Jersild c/Danemark*, n° 15890/89 ; Commission EDH, *Glimmerveen et a. c/Pays-Bas*, préc.

<sup>8</sup> Cour EDH, 20 fév. 2007, *Pavel Ivanov c/Russie*, préc. ; Cour EDH, *W.P. et a. c/Pologne* (déc.), préc.

<sup>9</sup> Cour EDH, 18 mai 2004, *Seurot c/France* (déc.), préc. ; Cour EDH, 10 juil. 2008, *Soulas et a. c/France*, préc.

<sup>10</sup> Cour EDH, 15 janv. 2009, *Orban et a. c/France*, n° 20985/05 ; 2 oct. 2008, *Leroy c/France*, n° 36109/03.

établis<sup>1</sup>, les actes de mépris pour les victimes de guerre ou d'un régime totalitaire<sup>2</sup> ainsi que ceux relayant une idéologie totalitaire ou des idées politiques incompatibles avec la démocratie<sup>3</sup>. Cela pourrait paraître peu important du point de vue finaliste adopté par l'interprète authentique, mais la Cour alterne, dans son utilisation de la clause anti-abus, entre le rejet simple de la requête et l'examen au fond. La jurisprudence en la matière est objectivement peu lisible, ce qui nuit à la compréhension de la notion elle-même. Pour certaines affaires, en effet, et en ce qui apparaît être le principe, l'application directe de l'article 17 conduit à déclarer d'emblée la requête irrecevable<sup>4</sup>. Dans une affaire topique, *Pavel Ivanov c/Russie*, le requérant avait publié une série d'articles décrivant les juifs comme la source du mal dans son pays. Tant dans ses publications que dans ses déclarations au procès, il ne cessait, selon les mots de la Cour, « de dénier aux juifs le droit à la dignité nationale ». Eu égard à la teneur fortement antisémite des propos, les juridictions nationales comme la Cour EDH ont conclu que le requérant cherchait par ses publications à faire haïr le peuple juif. « Une attaque aussi générale et véhémement contre un groupe ethnique particulier est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention. En conséquence, la Cour [EDH] estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10 »<sup>5</sup>. Le grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, en application de l'article 35 §§ 3 et 4. La requête est donc déclarée irrecevable *de plano*. Assez logiquement, le requérant ne peut se fonder sur des dispositions de la Convention tout en les détournant de leur vocation. Par « fiction interprétative »<sup>6</sup>, il en est momentanément déchu<sup>7</sup>. Cette utilisation de la notion de l'abus de droit a été nommée en doctrine : « effet guillotine »<sup>8</sup>. Le régime peut paraître autoritaire, mais la procédure n'est pas « expéditive »<sup>9</sup>. La Cour ne se prive pas d'analyser en détail les faits litigieux ; ainsi en est-il dans l'affaire *M'Bala M'Bala c/France*, pour laquelle la juridiction strasbourgeoise analyse finement les circonstances de l'espèce, l'argumentation des juridictions nationales, le droit interne pertinent, l'argumentation des parties et surtout les conditions dans

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c/France*, n° 24662/94 ; *M'Bala M'Bala c. France*, préc.

<sup>2</sup> Cour EDH, *Witzsch c/Allemagne*, préc. ; Cour EDH, 24 juil. 2012, *Fáber c/Hongrie*, n° 40721/08.

<sup>3</sup> Commission EDH, *Parti communiste (KPD) c/Allemagne*, préc. ; Cour EDH, 13 fév. 2003, *Refah Partisi*, préc.

<sup>4</sup> not. Commission EDH, *Glimmerveen et a. c/Pays-Bas*, préc. ; Cour EDH, *Garaudy c/France* (déc.), préc.

<sup>5</sup> Cour EDH, 20 fév. 2007, *Pavel Ivanov c/Russie*, préc., § 1.

<sup>6</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », préc., p. 541.

<sup>7</sup> Cour EDH, *Bingöl c/Turquie*, préc., § 32.

<sup>8</sup> J.-F. Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1992, p. 464.

<sup>9</sup> Contrairement à ce qu'affirme l'auteur précité.

lesquelles un spectacle de divertissement, sous couvert de production artistique, se transforme en « meeting » politique et idéologique<sup>1</sup>.

**168.** Seulement, parfois, alors que la requête est également déclarée irrecevable, l'application de l'article 17 ne se fait pas *a priori*, c'est-à-dire avant même l'appréciation de la conventionalité des restrictions aux libertés, mais au stade de l'examen de la nécessité de l'ingérence. Or, en matière de liberté d'expression, « la question de savoir si la Cour applique directement l'article 17, en déclarant un grief incompatible *ratione materiae*, ou si elle juge au contraire l'article 10 applicable, en invoquant l'article 17 à un stade ultérieur lorsqu'elle examine la nécessité de l'ingérence alléguée, est une décision prise au cas par cas et dépendra de toutes les circonstances de la cause »<sup>2</sup>. Une fois n'est pas coutume, il est ici regrettable que le caractère concret du contrôle brouille la méthodologie juridique applicable. En réalité, la Cour va se montrer réticente à appliquer l'article 17 lorsque les propos du requérant appellent un niveau élevé de protection, notamment lorsque ce dernier est un représentant élu au Parlement. « En l'espèce, la Cour considère, d'une part, que les déclarations du requérant témoignent de son mépris à l'égard des victimes de l'Holocauste, ce qui plaide en faveur de l'incompatibilité *ratione materiae* du grief avec les dispositions de la Convention. D'autre part, elle tient compte du fait que la déclaration a été faite par un membre du Parlement au cours d'une session parlementaire, de sorte qu'elle pourrait justifier un niveau élevé de protection et que toute ingérence dans cette déclaration justifierait l'examen le plus minutieux de la part de la Cour »<sup>3</sup>. Si la requête est tout de même rejetée, car manifestement mal fondée, les faits litigieux relèvent formellement du champ d'application de l'article 10. Il ne s'agit donc plus d'une hypothèse de « déchéance » du droit invoqué. La situation se complique davantage lorsque la Cour déclare la requête irrecevable à la suite d'une application *a priori* de l'article 17 (déchéance des droits allégués), tout en procédant, dans un second temps, à l'examen de la proportionnalité de la mesure étatique de limitation « à supposer même [qu'elle] constitue une ingérence »<sup>4</sup>.

**169.** La jurisprudence de la Cour EDH en matière d'abus de droit est plus ambiguë encore lorsque les affaires sont examinées au fond. Généralement, une fois que la requête a été

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc. (42 §).

<sup>2</sup> Cour EDH, 3 janv. 2020, *Pastörs c/Allemagne*, n° 55225/14, § 37 (nous traduisons).

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 39 (nous traduisons).

<sup>4</sup> Cour EDH, 23 oct. 2012, *Molnar c/Roumanie*, préc.

admise, l'interprète privilégié de la Convention écarte l'application de l'article 17, ou joint cette question au fond du grief soulevé sur le terrain d'une autre disposition<sup>1</sup>, afin d'apprécier préférentiellement la proportionnalité des ingérences dans les droits et libertés au titre des limitations conventionnelles. En de pareils cas, l'article 17 semble être une disposition superflue puisque les restrictions conventionnelles suffisent à lutter contre les abus<sup>2</sup>. Ainsi, certains propos ne sont pas suffisamment graves pour justifier l'application de la clause anti-abus, bien que leur condamnation pénale par les autorités nationales constitue une ingérence dans la liberté d'expression qui est nécessaire dans une société démocratique<sup>3</sup>. Ici, l'abus est au mieux complémentaire<sup>4</sup>, au pire surabondant. En tout état de cause, sa spécificité normative est négligée. Il faut s'en référer au critère instable de gravité, lequel est généralement apprécié à l'aune de l'impact du comportement litigieux sur la société ainsi que du type de restriction qui peut lui être opposé par l'autorité nationale<sup>5</sup>. Le concept de proportionnalité n'est, là encore, jamais très loin. Le raisonnement du juge est guidé par la volonté de faire un usage extrêmement parcimonieux de l'abus de droit, réservant donc la notion aux comportements les plus graves<sup>6</sup>, ceux qui visent expressément la destruction des droits prévus par la Convention et qui sont manifestement contraires à ses valeurs. Selon les mots de la Cour EDH, l'article 17 « ne s'applique *qu'à titre exceptionnel* et dans des *hypothèses extrêmes* (...). Dans les affaires relatives à l'article 10 de la Convention, il ne doit être employé *que s'il est tout à fait clair* que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins *manifestement contraires* aux valeurs de la

---

<sup>1</sup> Cour EDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc.

<sup>2</sup> A. Spielmann, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », dans *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 686. Cf. égal. P. Wachsmann, « La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme », dans *La Convention européenne des droits de l'homme. Développements récents et nouveaux défis*. Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des Hautes études européennes à Strasbourg à la mémoire de M.-A. Eissen, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 107. Le caractère superfétatoire de la notion d'abus au regard des restrictions conventionnelles aux droits avait déjà été soulevé lors des travaux préparatoires à la Convention EDH : « Je suis désolé de devoir le dire, mais je crois qu'en dépit des efforts de ceux qui y ont travaillé, ce rapport [projet de l'article 17] n'ajoute pas une seule arme au blason de l'Europe, ne l'aide pas dans sa lutte pour la liberté et l'indépendance » (M. Nally, *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., Rec., I, p. 216).

<sup>3</sup> S'agissant de discours racistes et islamophobes : Cour EDH, 10 juil. 2008, *Soulas et a. c/France*, n° 15948/03 ; Cour EDH, 16 juil. 2009, *Féret c/Belgique*, n° 15615/07. L'article 17 intervient une fois la conclusion énoncée, à titre surabondant. Pour le juge Silvis, cela revient à « mettre la charrue avant les bœufs » (*Opinion dissidente additionnelle sous l'arrêt Perinçek c/Suisse*, préc., § 7).

<sup>4</sup> J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* (n° 32), 2015, p. 1854.

<sup>5</sup> Cour EDH, 9 mai 2018, *Stomakhin c/Russie*, n° 52273/07, §§ 129-131.

<sup>6</sup> Cour EDH, *Perinçek c/Suisse*, préc., § 114, nous soulignons.

Convention ». Dès lors, l'article 17 est un moyen exorbitant<sup>1</sup> qui est utilisé pour désigner juridiquement l'*insoutenable*<sup>2</sup>.

170. Cependant, si la notion est effectivement invoquée pour des situations exceptionnelles, le *concept* de l'abus, lui, est à l'œuvre de manière bien plus générale. Il agit explicitement ou implicitement comme *aide à l'interprétation*<sup>3</sup> des dispositions matérielles de la Convention, celles qui prévoient directement les droits et les conditions de leur limitation. Dès lors, le concept de l'abus de droit est utilisé pour déterminer la conventionalité de l'ingérence, en particulier son caractère nécessaire dans une société démocratique. L'usage d'un droit en contrariété avec la lettre et l'esprit de la Convention conditionne ainsi la conventionalité de sa restriction<sup>4</sup>. Logiquement, plus la manière dont le requérant exerce son droit est juridiquement contestable, plus la nécessité de l'ingérence sera aisément reconnue. Au sein du processus normatif concret, les modalités d'exercice des droits par les destinataires, objet du concept de l'abus, font varier la marge nationale d'appréciation dans sa faculté de limitation. La Cour de Strasbourg précise parfois que son appréciation au fond s'opère sous l'égide de l'orientation interprétative postulée par l'article 17, *a fortiori* lorsque la question de son application est jointe à l'examen de la validité de l'ingérence alléguée<sup>5</sup>. Bien entendu, la référence à l'article 17 ne présage pas l'issue du litige, l'interprète authentique peut le mentionner tout en jugeant le comportement du requérant valide et, plus loin, considérer que ses droits fondamentaux ont été violés<sup>6</sup>. Il est même courant que la Cour EDH s'appuie sur cette disposition sans pour autant trancher explicitement la question de son applicabilité au litige<sup>7</sup>. Enfin, les juges de Strasbourg n'hésitent pas à se référer substantiellement à la notion conventionnelle de l'abus de droit fondamental, sans pour autant mentionner l'article 17. Tel est le cas dans de nombreuses affaires où sont en cause des actes qui portent atteinte aux valeurs

---

<sup>1</sup> G. Cohen-Jonathan, « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *RTDH*, 2001, n° 46, p. 667.

<sup>2</sup> Autant dans le sens de ce qui est *intolérable* d'un point de vue axiologique que dans le sens de *ce qui ne peut être fondé* du point de vue du discours de la fondamentalité. Nous y reviendrons.

<sup>3</sup> Expression de la Cour EDH dans son activité cognitive (*Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction de l'abus de droit* [en ligne], août 2019, p. 17).

<sup>4</sup> Cour EDH, 8 janv. 2019, *Williamson c/Allemagne* (déc.), n° 64496/17.

<sup>5</sup> Cour EDH, 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c/France*, préc., § 38 : « La Cour entend statuer sur l'application de l'article 17 en ayant égard à toutes les circonstances de la cause. Aussi entamera-t-elle l'examen du respect de l'article 10, dont elle appréciera toutefois les exigences à la lumière de l'article 17 ». Précisément, « le principe sous-tendant l'article 17 est un facteur que l'on peut à juste titre prendre en considération pour évaluer l'usage qui a été fait de la marge d'appréciation et l'existence d'une nécessité [de l'ingérence] » (*Opinion dissidente commune à M. Foighel, M. Loizou et Sir John Freeland* sous l'arrêt préc.).

<sup>6</sup> Cour EDH, *Lehideux et Isorni c/France*, préc. ; *Perinçek c/Suisse*, préc.

<sup>7</sup> Cour EDH, *Ždanoka c/Lettonie*, préc., § 99 ; *Refah Partisi*, préc., § 96 ; *Fáber c/Hongrie*, préc., § 58.

démocratiques ou qui incitent à la haine et à la violence<sup>1</sup>. Ici, la Cour n'évoque pas *explicitement* l'énoncé normatif de l'abus de droit, pourtant elle refuse la protection conventionnelle selon la considération de *l'usage* des droits et au regard des mêmes finalités discursives.

171. En conclusion, au sein de l'ordre juridique de la Convention EDH, il est un *concept* de l'abus de droit fondamental au champ d'application considérablement étendu<sup>2</sup>, puisqu'il constitue, *en arrière-plan*<sup>3</sup>, une véritable directive d'interprétation du texte conventionnel dans son ensemble. Certes, l'objet même d'une directive d'interprétation est de pouvoir en faire un usage pragmatique<sup>4</sup>. Seulement, le pragmatisme ne doit pas tourner à la confusion ; et l'on peut regretter l'usage que fait la Cour EDH de la *notion* de l'abus de droit fondamental, c'est-à-dire de la référence explicite ou implicite à l'article 17 dans son argumentation. Comme le dit habilement un juge de l'institution, « ce qui caractérise les différentes approches suivies par la Cour sur le terrain de l'article 17, c'est qu'elle ne se ferme aucune porte »<sup>5</sup>. En réalité, la Cour EDH gagnerait à rendre sa jurisprudence plus lisible et structurée en matière d'abus de droit. Si l'on est convaincu qu'une connaissance plus précise élève une activité normative plus

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Jersild c/Danemark*, préc., § 35 ; 25 nov. 2003, *R. L. c/Suisse* (déc.), n° 43874/98 ; [GC], 16 juin 2015, *Delfi AS c/Estonie*, n° 64569/09, § 140 ; 25 oct. 2018, *E. S. c/Autriche*, préc., § 43 ; 9 mai 2018, *Stomakhin c/Russie*, préc., §§ 120-122 ; 12 avril 2001, *Kaptan c/Suisse* (déc.), n° 55641/00.

<sup>2</sup> Agissant comme directive d'interprétation de l'article 5 § 1 de la Convention (Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/Royaume-Uni*, n° 5310/71, § 194), de l'article 6 § 1 (Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, préc., § 38), de l'article 2 du Protocole n° 1 (Cour EDH, 25 fév. 1982, *Campbell et Cosans c/Royaume-Uni*, nos 7511/76 et a., § 36).

<sup>3</sup> Un arrière-plan interprétatif selon S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile? », préc.

<sup>4</sup> En ce sens, le concept de l'abus de droit fondamental, tel qu'il est utilisé par la Cour EDH, ne diffère pas d'autres directives d'interprétation. « Les règles d'interprétation fournissent au juge des hypothèses de travail ; il ne les retient qu'à titre purement provisoire et toujours sous réserve d'une vérification ultérieure. En les envisageant tour à tour et les confrontant entre elles, il y découvre des points de vue divers qui, tantôt s'affaiblissent au contact des faits d'espèce, suggèrent à son esprit le thème de conjectures et d'appréciations alternées (...). En somme, la principale utilité des fameux "canons" d'interprétation est de rendre l'interprète attentif aux options qui s'offrent à son choix » (C. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, p. 70 cité par F. Ost, « Originalités des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., p. 409). Le Tribunal Fédéral suisse, par exemple, assume un « pluralisme pragmatique » dans l'usage des méthodes d'interprétation (F. Werro dans *Commentaire romand du Code civil* P. Pichonnaz et B. Foëx (éd.), Genève/Bâle, Schulthess 2010, nos 71 et s.) : « L'interprétation de la loi doit procéder de l'idée que ce n'est pas seulement le texte d'une disposition qui fait la règle, mais seulement la loi comprise, et concrétisée dans des cas particuliers. Il faut une décision matériellement correcte par rapport au système normatif, dans l'optique d'un résultat satisfaisant sous l'angle de l'analyse de la *ratio legis*. Pour ce faire, le Tribunal fédéral adopte un pluralisme de méthodes pragmatiques et refuse de soumettre les arguments d'interprétation à une hiérarchie ou à un ordre de priorité. » (JdT, 2005, I, p. 255, trad. de ATF, 131/2005, III, p. 33 cons. 2 cité par P. Pichonnaz, « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, p. 137).

<sup>5</sup> *Opinion dissidente additionnelle du juge Silvis* sous l'arrêt *Perinçek c/Suisse*, préc.

performante, alors c'est une forme de « mode d'emploi »<sup>1</sup>, en vue d'une utilisation satisfaisante de l'article 17, que cette thèse prétend élaborer à présent.

**172. Quelques enseignements de ces observations fragmentaires du droit positif.** Il est un certain pragmatisme, bien compréhensible par ailleurs, dans l'utilisation de la notion de l'abus de droit, et ce dans toutes les matières juridiques. Cela ne veut pas dire, pour autant, que le concept soit dépourvu de toute constance et qu'il ne puisse être identifié. Il ne faudrait pas confondre, en effet, le pouvoir d'adaptation du concept, selon la logique fonctionnelle du discours dans lequel il s'inscrit, avec une authentique relativité ou inconsistance conceptuelle. L'enjeu de la recherche est justement d'appréhender le juste équilibre au sein de l'édifice conceptuel, entre stabilité et adaptation. Pour cela, il convient d'identifier les propriétés de l'abus de droit de manière suffisamment large et stable afin d'en comprendre la consistance spéciale. En l'occurrence, il appert de l'observation du droit positif que le concept de l'abus intéresse *l'usage* d'un droit, c'est-à-dire, la manière dont le droit est exercé. Un usage qui sera considéré comme abusif si *ses effets sont contraires à la finalité du discours juridique*. La considération des effets est ici suffisante, car l'acte qui a pour objet d'être contraire à la finalité du droit, notamment en raison de l'intention de nuire de son auteur, a inévitablement, aussi, pour effet d'être contraire à cette finalité discursive. D'un point de vue pragmatiste, il est aussi douteux qu'un tel fait social puisse être appréhendé par le discours juridique autrement que par ses effets pratiques concevables. Il n'en reste pas moins, à ce stade, de nombreuses zones d'ombre. De quels effets parle-t-on ? Moraux, sociaux, politiques, juridiques ? Ceux-ci se confondent-ils ? Et de quelle finalité est-il question ? La finalité du discours juridique est-elle seulement connaissable ? En fait, nous n'avons pour l'instant que l'objet du concept – *l'usage d'un droit* – et le résultat, mal maîtrisé par ailleurs, de l'action conceptuelle – *est abusif l'usage contraire à la finalité du droit*. Que se passe-t-il entre les deux ? Quelle est *réellement* l'action conceptuelle de l'abus de droit ? Mais il est, avant cela, un problème majeur et plus immédiat, lié au langage juridique lui-même. Pourquoi appelle-t-on « abus de droit » un concept qui aurait pour objet *l'usage* d'un droit subjectif ? Fait et droit se confondent-ils ? Le concept de droit subjectif est-il réductible à l'usage qu'en fait le destinataire des normes juridiques ? Cette fracture entre l'objet réel du concept et sa dénomination paradoxale est sans doute explicative de l'utilisation confuse de la notion de l'abus de droit fondamental par la Cour EDH. Le langage

---

<sup>1</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2015) », *AJDA*, 2016, p. 143.



juridique, parfois désordonné, sème le trouble. Il semble qu'il faille en passer par de modestes clarifications théoriques afin d'ouvrir la voie à une compréhension stabilisée du concept de l'abus de droit fondamental.

## **Section 2. Les confusions théoriques à propos du concept de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux**

**173.** Il n'est pas d'autres voies, si l'on veut remonter aux origines des paradoxes de l'abus de droit fondamental, que d'affronter les confusions théoriques qui le soutiennent maladroitement. Ce trouble théorique a structuré la représentation commune de la notion de l'abus de droit (§ 1). Un désordre cognitif aux implications normatives d'autant plus problématique que la notion a rencontré le discours de la fundamentalité (§ 2).

### **§ 1. Les confusions théoriques inhérentes à la notion de l'abus de droit**

**174.** Une observation élémentaire du droit positif indique assez clairement que la notion de l'abus de droit a du mal à imposer son mode d'être spécifique au sein de l'écosystème juridique, principalement en raison de sa proximité conceptuelle avec d'autres notions, plus couramment employées (A). Cette relative mise à l'écart de l'abus de droit est en grande partie liée à ses propres vicissitudes théoriques, et en premier lieu celles portant sur son objet même, le concept de droit subjectif (B).

## A. La proximité conceptuelle de l'abus de droit avec d'autres notions juridiques

« Alors que la méthode juridique classique a consisté jusqu'à présent à isoler des éléments particuliers, pour en décrire des régimes juridiques qui évoluent au gré des jurisprudences et des réformes législatives, il faut tenter de « penser ensemble » ces éléments qui n'ont été analysés que séparément à l'intérieur souvent d'une discipline juridique »<sup>1</sup>.

175. Il faut dire, dès avant, que cet exposé des notions juridiques présentant un *lien de famille*<sup>2</sup> conceptuel avec l'abus de droit affiche une ambition scientifique quelque peu limitée. Ces notions seront effectivement abordées de manière superficielle, ce qui sera certainement de nature à décevoir les spécialistes de chacune d'entre elles. Toutefois, et afin de ne pas perdre de vue l'objet de cette thèse, le propos n'a d'autres vocations que de situer quelque peu la notion de l'abus de droit dans son environnement juridique, et tenter ainsi de mieux comprendre les enjeux de sa spécificité normative ; cette interdépendance avec son environnement juridique caractérisant, aussi, l'identité du concept de l'abus de droit.

176. Au cours de sa théorisation inachevée, la doctrine a régulièrement soulevé l'idée selon laquelle, « par son inspiration », l'abus de droit s'apparentait « à d'autres correctifs, tels que la bonne foi, l'équité ou la règle *fraus omnia corrumpit* »<sup>3</sup>. Cette proximité conceptuelle est intéressante d'un point de vue discursif, selon lequel les phénomènes juridiques doivent être traités non pas isolément, mais en relation, « reflet de la structure du droit, non comme un inventaire mais comme un réseau »<sup>4</sup>. Cela n'équivaut pas à dire, bien entendu, que des concepts corrélés ne puissent être « expliqués avec un certain degré d'indépendance réciproque »<sup>5</sup>. La spécificité juridique de chacun de ces concepts est maintenue dans le langage juridique à travers des notions distinctes qu'il convient à présent d'entrevoir. De toutes les notions juridiques à évoquer (1), il doit être accordé une place spécifique, afin de bien comprendre l'action conceptuelle de l'abus de droit fondamental, à la proportionnalité (2).

---

<sup>1</sup> M. Doat, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », dans *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presse universitaire de Rennes, 2007, p. 183.

<sup>2</sup> F. Recanatì, « Philosophie du langage et de l'esprit », *Leçon inaugurale au collège de France*, préc. ; Pour C. Eisenmann également, « on ne peut saisir les traits d'un objet concret quel qu'il soit, on ne peut se faire une idée de ce qui le caractérise qu'en le rapprochant des autres objets de la famille (...) ; on ne connaît qu'en comparant, c'est-à-dire en situant » (*Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, Les Cours de droit, 1951, p. 12).

<sup>3</sup> A. Sériaux, « Abus de droit », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003.

<sup>4</sup> G. Cornu, « Linguistique juridique », dans *ibid.*, p. 956.

<sup>5</sup> M. Carpentier, « Controverses sur la "nature" du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques » (référence à J. Raz, « Two Views of the Nature of the Theory of Law », préc., p.57 et s.), préc., p. 126.

## 1) *L'abus de droit et quelques notions familières de droit positif*

**177.** Les liens conceptuels de l'abus de droit avec d'autres notions de droit positif ont été tissés essentiellement par la doctrine privatiste, au fur et à mesure que s'affirmait une « théorie » de l'abus de droit.

### i. L'abus de droit et la notion de faute

**178.** La majorité des abus de droit sont sanctionnés et réparés par le juge judiciaire sur le fondement de l'ancien article 1382, devenu 1240 du Code civil<sup>1</sup>. Or, pour que la responsabilité civile de l'auteur de l'acte abusif soit engagée, il est nécessaire de caractériser une faute<sup>2</sup>. Certes, il est des cas où l'abus est spécialement prévu par la loi, notamment en matière de liberté d'expression<sup>3</sup>, la recherche accessoire d'une faute n'est alors pas nécessaire<sup>4</sup>. Mais, en général, l'abus de droit relève de la responsabilité civile délictuelle de droit commun<sup>5</sup>, et de ses trois éléments constitutifs : la faute, le préjudice et le lien de causalité. Incidemment, la matérialité de l'acte abusif peut être le fait d'un acte, mais aussi d'une abstention<sup>6</sup>, voire consister en une faute non intentionnelle<sup>7</sup>. L'acte abusif est donc une « sorte de faute génératrice de responsabilité »<sup>8</sup>, qui peut, classiquement, être réparée en nature ou à travers l'allocation de dommages et intérêts<sup>9</sup>. Certains auteurs ont également envisagé, pour la matière contractuelle, que le juge puisse simplement neutraliser les effets de l'acte abusif<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. Ass., 12 juil. 2000, nos 98-10.160 et 98-11.155, Bull. Ass. Plén., n° 8.

<sup>2</sup> S'agissant du droit de grève : Cass. Soc., 30 janv. 1991, n° 89-17.332, *Dr. ouvrier* 1991. 107, note Saramito ; Cass. Soc., 18 janv. 1995, n° 91-10.476, Bull. civ. V, n° 27 ; D. 1995. IR 50. Sur la difficile distinction entre abus de droit et faute au commencement de la « théorie », voir Trib. Com. Epernay, 28 février 1906, D. 1908. 2. 73, note M. Jossierand (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., p. 318).

<sup>3</sup> « Les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du code civil » (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2016, n° 15-26.559 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 nov. 2016, n° 15-22.155 ; Cass. Crim., 7 fév. 2017, n° 15-86.970).

<sup>4</sup> Sauf spécificités comme en droit social, où l'abus de la liberté d'expression du salarié est constitutif d'une faute grave (Cass. Soc., 6 mars 2019, n° 18-12.449).

<sup>5</sup> V. not. L. Cadiet, P. Le Tourneau, « abus de droit », préc., § 29.

<sup>6</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 1978, n° 76-12.896, Bull. civ. III, n° 41, D. 1978. IR 322, obs. Larroumet ; CE, 19 mai 2021, n° 429476.

<sup>7</sup> Cass. Com., 3 juin 1997, n° 95-12.402, Bull. civ. IV, n° 171, D. 1998. Somm. 113, obs. Mazeaud.

<sup>8</sup> M. Waline, *L'individualisme et le droit*, préc., p. 411.

<sup>9</sup> La réparation en nature étant privilégiée (Cass. Com., 14 janvier 1992, n° 90-13.055, en matière d'abus de minorité).

<sup>10</sup> L. Cadiet, P. Le Tourneau, « abus de droit », préc., § 37 ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, n° 260.

179. Par ailleurs, et selon la formule de la Cour de cassation, c'est la faute caractérisée qui fait dégénérer le droit en abus<sup>1</sup>. L'étymologie du verbe est ici révélatrice. « Dégénérer » renvoie au fait « de perdre les qualités et la vigueur de son espèce ». L'acte abusif fait ainsi perdre à l'usage du droit ses propriétés juridiques, mais aussi ses mérites<sup>2</sup>. Tout au plus, l'abus serait une faute plus grave que celle de droit commun<sup>3</sup>. Selon d'éminents civilistes, « maintenue dans le cadre traditionnel de la faute, la théorie de l'abus de droit ne peut plus inquiéter personne. En recherchant s'il y a abus d'un droit, les tribunaux ne font qu'appliquer les principes de la faute, principes juridiques étrangers à toute emprise de la politique »<sup>4</sup>. Comme si le recours à la notion éprouvée de faute pouvait être de nature à « rassurer » un certain positivisme juridique, qui voit d'un mauvais œil la considération normative des finalités du droit. Bien que la proximité soit forte, chaque notion a cependant ses spécificités. La notion de faute a évidemment un champ d'application infiniment plus large que l'abus de droit, alors que réciproquement, et notamment en matière de fondamentalité, toutes les hypothèses de l'abus de droit ne se rattachent pas à une faute *stricto sensu* – au sens de la responsabilité civile délictuelle de droit commun. Tel est le cas en matière processuelle, où le préjudice de la pratique abusive n'est pas toujours envisagé<sup>5</sup> et où le régime de l'abus ne se fonde pas dans celui de la responsabilité civile<sup>6</sup>. Aussi, théoriquement, le bénéfice d'un droit fondamental devrait immuniser son titulaire de la simple faute dans l'usage des prérogatives juridiques ainsi octroyées. Autrement dit, et ce sera toujours le même débat, il ne peut y avoir de faute dans l'usage d'un droit. L'idée est même assez répandue de considérer que la faute est possible dans le cadre général de la liberté d'action de l'individu, mais non dans les limites de l'exercice d'un droit.

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 17 janv. 2019, n° 17-27207.

<sup>2</sup> Définition « Dégénérer », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* [en ligne], cons. le 10 avril 2020.

<sup>3</sup> J. Lemée, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, préc., p. 8.

<sup>4</sup> F. Chabas, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cité par C. Mingam et A. Duval, « L'abus de droit, état du droit positif », *Revue juridique de l'Ouest*, 1998, n° 4, p. 557.

<sup>5</sup> Cass. Com., 6 juin 2001, JCP 2001. II. 10587, note Perdriau ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2012, n° 10-20.749 ; N. Cayrol, « Dommages-intérêts et abus de droit d'agir » [en ligne], 2013.

<sup>6</sup> À propos de la légalité du décret instituant l'article 628 du code de procédure civile qui sanctionne d'une amende civile les recours jugés abusifs, le Conseil d'État relève « que l'indemnité que le juge de cassation peut allouer au défendeur ne constitue pas des dommages et intérêts destinés à réparer l'intégralité d'un préjudice causé par l'introduction d'un recours abusif et ne ressortit donc pas aux règles de la responsabilité civile » (CE, Ass., 5 juil. 1985, n° 21892).

**180.** Traditionnellement, la faute est envisagée comme la violation d'une norme générique d'attente de comportement. En ce qui nous intéresse, la Cour Suprême du Canada a pu considérer qu'« il y a abus d'un droit lorsque celui-ci n'est pas exercé de manière raisonnable ou de façon compatible avec la conduite d'un individu prudent et diligent, sans qu'il soit nécessaire de se demander si le titulaire du droit est de bonne foi ou encore d'examiner la fonction sociale du droit en question »<sup>1</sup>. Voilà une autre notion, la bonne foi, qui est rapprochée de l'abus de droit selon une interprétation authentique. Celle-ci semble faire intervenir des considérations normatives plus précises que la faute, et sans doute plus explicitement éthiques.

ii. L'abus de droit et l'exigence de bonne foi

« *La chicane est interdite* »<sup>2</sup>.

**181.** Les deux notions sont clairement assimilées en matière contractuelle<sup>3</sup>, pour laquelle l'acte abusif consiste, le plus souvent, en un manquement à l'obligation de bonne foi<sup>4</sup> ou au devoir, proche, de loyauté<sup>5</sup>. L'abus peut résulter d'une faute dans l'exercice de la liberté contractuelle ou bien, de manière plus objective, venir rompre l'équilibre général de la convention<sup>6</sup>. En France, le fait abusif est aussi régulièrement assimilé à la mauvaise foi s'agissant du droit d'agir en justice<sup>7</sup>. Le Code civil espagnol précise, lui, que tous les droits doivent être exercés conformément aux exigences de la bonne foi<sup>8</sup>. Mieux, pour la Cour de cassation italienne, « le critère révélant la violation de l'obligation de bonne foi objective est

---

<sup>1</sup> Cour Suprême du Canada, *Houle c/Banque canadienne nationale*, [1990] 3 RCS 122, 74 DLR (4e) 577 cité par P.-E. Moysse, « L'abus de droit : l'anténorme. Partie 2 », préc., p. 23.

<sup>2</sup> Cette topique juridique se trouverait à la base de la théorie de l'abus de droit selon le référencement opéré par G. Struck sur le rôle de ces lieux communs dans la législation et la jurisprudence allemande (*Topische Jurisprudenz*, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1971, 118 p.).

<sup>3</sup> P. Wildmer, B. Cottier (dir.), *Abus de droit et bonne foi* [actes d'un séminaire de 3<sup>e</sup> cycle de droit organisé par la Conférence universitaire romande] (sept. 1992), Fribourg, Ed. Universitaires, 1994, 351 p.

<sup>4</sup> « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public » (art. 1104 C. civ.).

<sup>5</sup> P. Laurent, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA*, 8 mars 2000, n° 48, p. 6.

<sup>6</sup> Pour J. Beauchard, « l'abus consiste à avoir un comportement, dans la rupture notamment, qui est contraire à l'économie générale des relations contractuelles, voulues au moins implicitement par les parties » (« La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat » dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 43).

<sup>7</sup> Que ce soit en matière civile (L. Cadiet, P. Le Tourneau, « abus de droit », préc., n°s 142 et s) ou administrative (CE, 27 juil. 2012, n° 353596).

<sup>8</sup> Art. 7 Código civil.

l'abus de droit»<sup>1</sup>. Réciproquement, en matière de liberté d'expression, notamment journalistique, le critère de la bonne foi peut disculper de tout abus de droit selon la Cour EDH<sup>2</sup> et la Cour de cassation<sup>3</sup>. La notion de bonne foi paraît donc extrêmement proche, voire interchangeable, avec celle de l'abus de droit, mais seulement en son critère subjectif : l'intention de nuire<sup>4</sup>. D'ailleurs, selon un auteur, il faudrait se garder d'assimiler complètement la mauvaise foi avec l'exercice excessif et déraisonnable d'un droit :

« La mauvaise foi conduit à un examen des mobiles de l'acteur juridique et à une recherche de l'intention malveillante. L'exercice excessif et déraisonnable d'un droit amène seulement à comparer un comportement à un étalon comportemental duquel ne résultent que des exigences moyennes. Avec la mauvaise foi, on quitte le domaine du droit ; avec l'abus, on en limite seulement l'exercice à ce qui apparaît raisonnable »<sup>5</sup>.

**182.** L'exigence de loyauté se manifeste également en droit de la concurrence, à travers la notion prétorienne de concurrence déloyale ; notion qui présente une grande proximité avec l'abus de droit lorsqu'elle constitue une faute dans l'exercice d'une liberté de nature économique. Elle a pu être définie, en ce sens, comme l'abus dans la liberté d'entreprendre<sup>6</sup>. Selon une même logique conceptuelle, la notion de concurrence déloyale tend à ériger des normes objectives de comportement sur le marché<sup>7</sup>, voire au-delà<sup>8</sup>. L'appréciation de l'acte

---

<sup>1</sup> Cassazione, Sez. III, 18 septembre 2009, préc.

<sup>2</sup> Cour EDH, 2 mai 2000, *Bergens Tidende et a. c/Norvège*, n° 26132/95 ; 12 oct. 2016, *Reichman c/France*, n° 50147/11.

<sup>3</sup> La bonne foi est une cause exonératoire de responsabilité en matière de diffamation. Quatre conditions doivent être réunies pour prouver la bonne foi : la légitimité du but poursuivi, la prudence et la mesure dans l'expression (qui rappelle le concept de l'abus de droit), la qualité de l'enquête (spécialement en matière journalistique) et l'absence d'animosité personnelle (ou critère de l'intention de nuire dans le registre de l'abus : Cass. Crim., 26 mai 2010, n° 09-87.083). Ces conditions sont appréciées de manière variable suivant que les propos portent sur un sujet d'intérêt général (Cass. Crim., 12 mai 2009, n° 08-85.732) et qu'ils se fondent sur une base factuelle suffisante (Cass. Crim., 15 déc. 2015, n° 14-83.481). De ce point de vue, la Cour de cassation intègre les exigences de la jurisprudence de la Cour EDH relatives à la bonne foi (Ass., 16 déc. 2016, n° 08-86.285).

<sup>4</sup> G. Brogini, « L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs », dans *Abus de droit et bonne foi* P. Widmer et B. Cottier (dir.), Éditions universitaires de Fribourg, Suisse, p. 18.

<sup>5</sup> F. Héleine, « Le droit des obligations. Une double préoccupation des tribunaux : contrôler les comportements, s'adapter au droit nouveau » dans *Le nouveau Code civil du Québec : Un bilan* P.-A. Comeau et al (éds), Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 33 cité par P.-E. Moyse, « L'abus de droit : l'anténorme. Partie 2 », préc., p. 24.

<sup>6</sup> Définition dans « Concurrence déloyale », *Fiches d'orientation* [en ligne], Dalloz, juillet 2019.

<sup>7</sup> Y. Picod, « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », dans *La concurrence déloyale : permanence et devenir* Y. Serra (dir.), Dalloz, 2001, pp. 11 et s.

<sup>8</sup> La théorie des « agissements parasitaires » permet de sanctionner le comportement d'un opérateur économique qui porte atteinte aux droits d'un autre alors même que les deux ne se trouvent pas dans une situation de

fautif, comme abusif, s'opère au terme d'une large contextualisation, eu égard notamment aux conséquences économiques de l'acte<sup>1</sup>. Aussi, comme l'abus de droit, la notion de concurrence déloyale ne se défait pas d'une référence plus ou moins explicite à l'éthique en situation, en l'occurrence une forme de « morale des affaires »<sup>2</sup>. Il s'agit là d'une exigence d'équité dans la manière de conduire les affaires, que la notion d'abus retranscrit pour tout rapport social. Effectivement, l'abus de droit a toujours été associé à ce « procédé d'équité modératrice à disposition du juge »<sup>3</sup>. Pour le juge judiciaire, c'est même « l'esprit du droit positif et (...) la finalité supérieure de l'équité que traduit le rejet de tout abus de droit »<sup>4</sup>.

**183.** La Cour de cassation italienne va plus loin et rattache, pour sa part, les obligations de bonne foi et de loyauté contractuelle à la valeur de solidarité, qui est un principe constitutionnel<sup>5</sup>. On voit bien se dessiner, pour tous ces concepts proches de l'abus de droit, les finalités axiologiques du discours juridique, qu'ils auraient justement pour fonction de rendre présentes au sein du processus normatif concret.

« Qu'on se réfère, pour déterminer l'abus, à l'intention méchante, au mobile injustifié, à la faute dans l'exécution ou à la destination économique ou sociale des droits, le principe demeure identique dans ses résultats : le seul contenu technique du droit – et le meilleur, son énoncé, sa lettre – ne suffit pas pour déterminer la licéité des attitudes humaines. La conformité extérieure aux lois n'épuise pas l'œuvre de justice »<sup>6</sup>.

**184.** Équité, œuvre de justice, d'autres ont pu parler « d'humanité dans la loi »<sup>7</sup>. Le concept de l'abus de droit et ses familiers poursuivent explicitement des finalités éthiques que

---

concurrence directe et effective (Cass. Com., 30 janv. 1996, n° 94-15.725, D. 1997.232, n. Y. Serra ; Cass. Com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350).

<sup>1</sup> J.-S. Bergé, « La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme », *LPA*, 11 juil. 2001, n° 137, pp. 78 et s.

<sup>2</sup> Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *Rép. dr. com.*, oct. 2010, spéc. n° 18.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., PUF, 2000, n° 234 b.

<sup>4</sup> CA Pau, 15 fév. 1973, JCP 1973, II, 17584.

<sup>5</sup> Not. Corte di Cassazione, Sez. I Civil, 6 déc. 2012, n° 21994. Pour un auteur célèbre, « la solidarité qui établit, en vue de l'utilité sociale, les liens contractuels, défend à chacune des parties de se désintéresser de l'autre. Toutes deux doivent, mutuellement et loyalement, se fournir tout l'appui nécessaire pour conduire le contrat à bonne fin. On ne se retranche pas dans son égoïsme » (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 461, n° 469).

<sup>6</sup> H. De Page, *À propos du gouvernement des juges*, 1931, p. 112 cité par Ch. Perelman, *Logique juridique...*, préc., p. 80.

<sup>7</sup> G. Morin, E. Souriau, M. Blondel, C.-A. Emges, « L'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique (séance du 30 novembre 1928) », *Les Études philosophiques*, PUF, 3<sup>e</sup>, n° 1, 1929, pp. 1-8.

cette expérience du droit positif contraint à appréhender en vue d'une compréhension réaliste du phénomène juridique. La logique de proportionnalité elle-même n'est pas dénuée de soucis d'équité dans la relation juridique, comme ce qui doit être à chacun le sien, à chacun sa place<sup>1</sup>. L'exigence de bonne foi, quant à elle, parcourt la normativité juridique, et s'exprime particulièrement à travers une autre notion proche de l'abus de droit : la fraude à la loi.

iii. L'abus de droit et la fraude à la loi

**185.** L'abus de droit ressemble fortement à la fraude, lorsque celle-ci consiste en un « acte de mauvaise foi, tromperie, acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter »<sup>2</sup>. Deux types de fraudes, non exclusives l'une de l'autre, ont pu être identifiées en doctrine : la fraude à la loi et la fraude aux droits d'autrui. Dans les deux cas, il s'agit de s'extraire illicitement de ses obligations juridiques<sup>3</sup>. Du point de vue du droit international privé, il y a fraude à la loi lorsque « les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi compétente »<sup>4</sup>. Outre l'élément légal et matériel, la fraude est aussi prononcée en considération de l'intention ou du but de l'auteur de la manœuvre<sup>5</sup>. La théorie générale de la fraude paraît plus large que celle de l'abus, puisque l'acte frauduleux ne consiste pas nécessairement en l'exercice prétendu d'un droit subjectif<sup>6</sup>.

« L'abus de droit serait ainsi aux droits subjectifs l'équivalent de ce qu'est la fraude à la loi pour le droit objectif : un correctif, révélateur parmi d'autres de l'influence de la règle morale sur les règles juridiques »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ordo est parium dispariumque rerum sua loca tribuens dispositio* (Saint Augustin, *Cité de Dieu*, XIX, 13) ; *Justitia porro ea virtus est, quae sua cuique distribuit* (*ibid.*, XIX, 21).

<sup>2</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., PUF, 2007, p. 430.

<sup>3</sup> Selon J. Vidal, il y a fraude à la loi « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif » (*Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, p. 208).

<sup>4</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1983, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 346, note B. Ancel. La fraude à la loi nationale et l'abus de l'invocation du droit de l'Union ont donné lieu à de nombreuses jurisprudences de la Cour de justice dans les domaines régis par la reconnaissance mutuelle (R. Moïse, *L'abus de droit en droit communautaire*, préc., p. 23).

<sup>5</sup> P. De Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *Répertoire de droit international* [en ligne], déc. 1998.

<sup>6</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n° 274.

<sup>7</sup> Citation de G. Ripert par A. Sériaux, « Abus de droit », *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003.



**186.** Seulement, on l'a vu<sup>1</sup>, le phénomène de fondamentalisation du droit a favorisé les contentieux structurés autour de la prétention à exercer des droits subjectifs, tandis que le caractère objectif du discours de la fundamentalité conduit à relativiser la dichotomie entre droit subjectif et droit objectif. En miroir de l'évolution du phénomène juridique, la notion de l'abus de droit connaît un usage plus courant que celle de fraude. D'ailleurs, invoquant aussi l'ordre public international, la notion de fraude fut utilisée, un temps, par les juridictions judiciaires s'agissant de ce que certains auteurs ont appelé « le tourisme procréatif »<sup>2</sup>. Elle faisait notamment obstacle à la transcription en France des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger de mères porteuses<sup>3</sup>. Or, la promotion des droits fondamentaux, en particulier le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, a pu restreindre, là encore, le recours à la notion de fraude<sup>4</sup>.

**187.** Au-delà des différences théoriques, les interprètes du discours juridique considèrent régulièrement les notions de fraude et d'abus de droit comme étant synonymiques, spécialement en matière fiscale<sup>5</sup>. Leur proximité conceptuelle est liée à la fonction semblable qu'elles accomplissent au sein du discours juridique en action, celle d'un correctif pratique officiant dans le cadre de l'activité normative concrète.

« Comme celle de l'abus de droit, la théorie de la fraude est un mécanisme d'auto-défense du droit, qui lui permet de corriger les déviations auxquelles peut conduire la mise en œuvre des

---

<sup>1</sup> *Supra*. §§ 90 et s.

<sup>2</sup> H. Bosse-Platière, « Le tourisme procréatif », *Inf. soc.*, avril 2006, p. 88 ; J.-J. Lemouland, « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001.

<sup>3</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 : « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

<sup>4</sup> Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson et Labassée*, nos 65192/11 et 65941/11 ; Cass. Ass., 4 oct. 2019, n° 10-19.053 ; M. Farge, *Dalloz action Droit de la famille* [en ligne], 2020-2021, chapitre 12, n° 512.377.

<sup>5</sup> « CF – Procédures de rectification et d'imposition d'office... », *Bulletin officiel des finances publiques-Impôts* [en ligne], préc. Dans une décision où l'article L. 64 du livre des procédures fiscales n'était pas applicable, le Conseil d'État a utilisé la notion de fraude pour mettre en œuvre un véritable *principe général du droit à la répression des abus de droit* (CE, 27 sept. 2006, *Société Janfin*, n° 260050). Cf. égal. à propos de la proximité des deux notions en droit des sociétés : CA Versailles, 29 juin 2000, JCP E 2001, p. 181, n. Couret ; ou en matière d'abus du droit à la vie privée : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, n° 89-19960.

règles juridiques »<sup>1</sup>. Dès lors, « comme la réserve de l'abus de droit, l'exception de la fraude à la loi est un mécanisme perturbateur, mais également libérateur »<sup>2</sup>.

Ces notions corrigent un déséquilibre créé au sein du discours juridique, au mépris de ses règles constitutives. Leur dimension objective est parfois plus explicite encore.

#### iv. L'abus de droit et les troubles anormaux de voisinage

**188.** Comme l'abus de droit, le trouble anormal de voisinage est au départ une notion jurisprudentielle. Pour la Cour de cassation, la théorie des troubles anormaux de voisinage « complète celle, plus ancienne, de l'abus de droit de propriété »<sup>3</sup>. Mais alors que l'abus de droit suppose un acte fautif dans l'intention de nuire au propriétaire voisin, le trouble anormal de voisinage suppose seulement une nuisance caractérisée (sonore<sup>4</sup>, visuelle<sup>5</sup>, olfactive, esthétique<sup>6</sup>, etc.). Dans ce cas, la responsabilité est objective, elle est axée sur le dommage – un préjudice anormal<sup>7</sup>, et à vocation à réparer<sup>8</sup>. Une nouvelle fois, les deux notions ont leur spécificité, mais, preuve de leur proximité conceptuelle, le contentieux des abus de droit de propriété immobilière a connu un déclin au moment où celui des troubles de voisinage s'est accru<sup>9</sup>. En réalité, le concept de trouble anormal, du fait de sa structure objective radicale, est plus englobant s'agissant des rapports de voisinage, et permet de viser certaines hypothèses qui

---

<sup>1</sup> J.-L. Bergel, *Théorie générale du Droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2003, p. 277 cité par N. Cordier-Dumonnet, *Le détournement d'institution*, préc., p. 24.

<sup>2</sup> E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Thèse dactylographiée, Lyon 3, 2004, p. 1 cité par L. Eck, préc., p. 353.

<sup>3</sup> Cour de cassation, *rapport annuel 2008* (« 2.2.1.1.2. Les troubles anormaux de voisinage ») : « Cette doctrine complète celle, plus ancienne, de l'abus du droit de propriété fondée par l'arrêt Clément-Bayard rendu par la chambre des requêtes le 31 août 1915. L'usage abusif du droit de propriété suppose une faute commise dans l'intention de nuire au propriétaire voisin, faute qui oblige à réparer le dommage. Ainsi, commet un abus de droit le propriétaire qui s'oppose sans raison valable à la démolition de constructions vétustes et empêche ainsi un propriétaire voisin de procéder sur son fonds à des travaux autorisés (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mars 1978, Bull. 1978, III, n° 128, pourvoi n° 76-12.598) ».

<sup>4</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 janv. 1969, n° 67-13.391.

<sup>5</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 9 nov. 1976, n° 75-12.777.

<sup>6</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avril 2011, n° 08-13.760.

<sup>7</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 24 oct. 1990, n° 88-19.383.

<sup>8</sup> V. Wester-Ouisee, « Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 2007, n° 3, p. 1219.

<sup>9</sup> L. Cadiet, P. Le Tourneau, « Abus de droit », préc., n° 24 ; V. égal. P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10<sup>e</sup> éd., 2014/2015, Dalloz Action, n°s 7156 et s ; Not. Cass., 23 mars 1927, D. 1928. 1. 73 note Savatier ; W. Dross, « Abus d'une prérogative contractuelle et privation du droit de propriété : du mauvais usage de la rhétorique des droits fondamentaux », *RTD civ.*, 2014, p. 141.

ne relèvent pas de l'abus de droit. Mais tout comme l'abus, ce concept jurisprudentiel s'assure du maintien d'un certain *équilibre entre les droits*, en l'occurrence ceux des propriétaires<sup>1</sup> et généralement de tout voisin. En vue de préserver cet équilibre, le juge privilégiera la réparation en nature du trouble caractérisé<sup>2</sup>.

**189.** De ces concepts familiers, l'abus de droit connaît un quasi-jumeau en matière de puissance publique.

v. L'abus de droit et le détournement de pouvoir

**190.** Le lien conceptuel entre l'abus de droit et le détournement de pouvoir a déjà été opéré en droit administratif<sup>3</sup>. Ce lien semble, de prime abord, assez légitime au regard de la proximité matérielle entre droit et pouvoir<sup>4</sup>. L'instigateur de la théorie de l'abus de droit voyait d'ailleurs en ces notions « deux institutions sœurs »<sup>5</sup>. Il est vrai que la notion de l'abus de droit en matière administrative présente plus ou moins les mêmes critères que le détournement de pouvoir<sup>6</sup>, raison pour laquelle elle n'est plus utilisée. L'abus de droit est d'autant moins utile que, selon B. Plessix, « le juge administratif a élaboré lui-même les outils aptes à permettre un contrôle des mobiles ou des motifs d'un acte administratif unilatéral »<sup>7</sup>. Tout au plus, la notion d'abus, en visant préférentiellement les actes des administrés et non ceux de l'administration,

---

<sup>1</sup> Pas., 6 avril 1960, I, p. 915 ; R.C.J.B., 1960, p. 257 note J. Dabin (nous soulignons) : « Attendu que l'article 544 du Code civil reconnaît à tout propriétaire le droit de jouir normalement de sa chose ; Attendu que, les propriétaires voisins ayant ainsi un droit égal à la jouissance de leur propriété, il en résulte qu'une fois fixés les rapports entre les propriétés voisines compte tenu des charges normales résultant du voisinage, *l'équilibre ainsi établi doit être maintenu entre les droits respectifs des propriétaires* ; Attendu que le propriétaire d'un immeuble qui, par un fait non fautif, rompt cet équilibre, en imposant à un propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, lui doit une juste et adéquate compensation, rétablissant l'égalité rompue ».

<sup>2</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 nov. 1997, n° 96-10.603.

<sup>3</sup> M. Hauriou, note sous CE, 27 fév. 1903, *Zimmermann*, S. 1905. 3. 17 ; R. Bonnard, note sous CE, 22 nov. 1929, *Compagnie des mines de Siguiru*, Sirey, 1930. 3. 17 ; E. Laparre, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, 1913 ; V. Altabert, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse, Université de Bourgogne, 1951.

<sup>4</sup> E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985. *Infra.* §§ 204 et s.

<sup>5</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits...*, préc., n° 195 : « il s'agit toujours d'assurer l'exercice et la réalisation des droits en conformité de leur finalité, de leur destination sociale, et c'est pourquoi nous persistons à voir, dans l'abus des droits et le détournement de pouvoirs, deux institutions sœurs ».

<sup>6</sup> J. Chatelain, *Contribution à l'étude de la notion d'abus des droits dans le contentieux administratif*, Ed. Lavergne, 1945 cité par M. Maury, *Le but en droit public français*, préc., pp. 550 et s.

<sup>7</sup> B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse dactylographiée, Université Paris 2, 2001, p. 927, cité par M. Maury, préc., p. 551.

jouerait le rôle « de détournement de pouvoir à front renversé »<sup>1</sup>. « Droit » et « pouvoir » seraient simplement deux types de prérogatives juridiques qui doivent être accomplies conformément à leur destination normative. La formule est connue, le détournement de pouvoir porte sur la question de la *légalité du but* de l'acte<sup>2</sup>, son vice « le plus caché »<sup>3</sup>, celui qui mène peut-être à la question de la moralité<sup>4</sup>. Il est tentant de croire que les deux notions se rapportent spécialement à la psychologie<sup>5</sup> de l'auteur de l'acte litigieux à travers un examen des mobiles de l'action<sup>6</sup>. À la fin, selon L. Dubouis, le détournement de pouvoir et l'abus de droit sont « deux notions très voisines que l'on pourrait englober sous la qualification détournement de prérogatives de son but »<sup>7</sup>. Dans les deux cas, il y a une *inadéquation téléologique*<sup>8</sup> de l'acte qui entraîne un *défait de pouvoir*<sup>9</sup>. Le rapprochement conceptuel fut d'ailleurs explicitement opéré en matière d'abus de droit fondamental<sup>10</sup>. Enfin, les deux notions ont en commun d'être peu utilisées, et cette rareté est significative. On y recourt pour les actes particulièrement graves<sup>11</sup>, qui convient de stigmatiser, non sans une certaine pédagogie<sup>12</sup>.

---

<sup>1</sup> C. Blanchon, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : l'abus de droit », préc., p. 2452.

<sup>2</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, 1896, p. 521.

<sup>3</sup> A. Bahuet, *Le détournement de pouvoir*, Paris, Pedone, p. 22.

<sup>4</sup> C. Ballandras-Rozet, « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA*, 2007. 2236.

<sup>5</sup> « Un acte est entaché de détournement de pouvoir lorsque son auteur l'a pris dans *un but psychologique* qui n'était pas celui prévu par les textes » (« Détournement de pouvoir et de procédure », *Fiches d'orientation*, Dalloz [en ligne], sept. 2020). Un tel recours au psychologisme – sans doute ni nécessaire ni souhaitable – est explicatif de la faible utilisation de la notion en droit positif, ne serait-ce que pour des considérations de preuve...

<sup>6</sup> P. Gonod, M. Guyomar, « Détournement de pouvoir et de procédure », *Répertoire du contentieux administratif* [en ligne], oct. 2010.

<sup>7</sup> L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962, p. 354. Pareillement, selon R. Odent, « le vice de détournement de pouvoir tient à ce qu'un pouvoir conféré à une autorité a été détourné par cette autorité de l'objet en vue duquel il lui a été attribué » (*Contentieux administratif*, Paris, 6<sup>e</sup> éd., fasc. I-IV, Les Cours de droit, 1977-1981, p. 1581).

<sup>8</sup> M. Maury, *Le but en droit public français*, préc., p. 492. Pour le Conseil d'État, « revêt le caractère d'un détournement de pouvoir ou de procédure le fait pour une autorité administrative de prendre un acte, même dans un intérêt public, mais qui n'est pas celui pour lequel les pouvoirs en cause ont été conférés à cette autorité » (CE, 23 oct. 2013, n° 350077, cons. 6). Sur l'action conceptuelle identique entre abus de droit et détournement de pouvoir en matière de préemption immobilière : CE, 30 déc. 1998, n° 160683 et Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641. Pour un autre auteur, et selon le même ordre d'idées, deux conditions doivent être réunies pour qu'il y ait abus de droit : « a) that the body that exercises the power is actually the holder of that power and acts in compliance with the law, but b) that the consequences of such actions are incapable of standing up to the test of principles governing the exercise of that power » (G. Palombella, « The Abuse of Rights and the Rule of Law » dans *Abuse : The Dark Side of Fundamental Rights* A. Sajó (dir.), Utrecht, Eleven International Publishing, 2006).

<sup>9</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, préc., n°s 870 et s.

<sup>10</sup> J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne... », préc., p. 1854.

<sup>11</sup> Le détournement de pouvoir « reste l'arme ultime du juge administratif lorsqu'il veut sanctionner des attitudes particulièrement scandaleuses de l'Administration et qu'il n'existe pas d'autre titre de sanction » (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16<sup>e</sup> éd., p. 36).

<sup>12</sup> *Infra.* §§ 377 et s.

191. Toutefois, la doctrine spécialisée a pu entretenir la distinction en identifiant derrière le droit subjectif un intérêt privé, alors que le pouvoir de la puissance publique viserait l'œuvre de l'intérêt général, la finalité altruiste.

« Nous ne pouvons pas suivre L. Josserand dans la mesure où il voudrait assimiler tous les droits aux pouvoirs, sous prétexte que, toujours et partout, on doit chercher quel est le but poursuivi dans le droit, et qu'on doit sanctionner tous les abus qui seraient contraires à la destination des droits. [...] Nous croyons au contraire – et c'est l'originalité de la notion de pouvoir – que celui-ci ne se confond pas avec les droits proprement dits. Sans doute, il s'agit aussi de prérogatives juridiques, mais qui ont un tout autre caractère; car tandis que les droits dits de puissance se présentent avec une finalité altruiste, il n'en est pas ainsi pour les droits ordinaires, qui ont pour but de donner satisfaction à des intérêts personnels »<sup>1</sup>.

Le pouvoir serait hétéronomie – la faculté de décider pour autrui<sup>2</sup>, alors que le concept de droit subjectif renverrait préférentiellement à l'autonomie personnelle. Le droit est exercé pour le compte de son titulaire, le pouvoir pour ceux qui donnent mandat. De sorte que « le pouvoir est une aptitude légale ou constitutionnelle à exercer tout ou partie des droits d'une autre personne ou à agir pour son compte »<sup>3</sup>. En matière constitutionnelle particulièrement, « rien n'est plus dangereux (...) que de confondre le pouvoir avec le droit et de passer de l'un à l'autre »<sup>4</sup>. Le choix sémantique est évidemment, aussi, idéologique<sup>5</sup>. L'imaginaire des droits de l'homme a ainsi soutenu la représentation d'un droit qui fait obstacle, juridiquement, au pouvoir de l'État. Leurs régimes juridiques respectifs éloignent également les deux notions, notamment en ce que le détournement de pouvoir donne lieu principalement à annulation de l'acte administratif alors que l'abus de droit en matière civile implique généralement une réparation.

---

<sup>1</sup> P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., p. 191.

<sup>2</sup> E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préc., p. 138.

<sup>3</sup> R. Capitant, *Cours de principes du droit public*, Les cours de droit, 1957, p. 10.

<sup>4</sup> A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896 cité par L. Eck, préc., p. 403.

<sup>5</sup> Pour P. Martens, l'abus de droit « emprunte aux administrativistes la formule de l'excès de pouvoir, mais en plus subtil : un pouvoir, c'est, souvent, déjà un excès et, dans l'idéologie dominante, c'en est toujours un. Même sans excès, le pouvoir a presque ontologiquement une connotation péjorative parce qu'il mord toujours sur la liberté. [...] Au contraire, le concept de droit est surinvesti d'imaginaire édifiant: user d'un droit, c'est baigner dans l'ordre légitime. Parler d'en abuser, c'est créer une rupture dans l'ordre probable de la langue, c'est introduire le désordre par rapport à l'organisation précédente, c'est insérer du merveilleux dans le conforme » (« Thémis et ses plumes... », préc., p. 354 cité par P.-E. Moysse, « L'abus de droit : l'anténorme... », préc., p. 10).

**192.** L'abus de droit présente une proximité conceptuelle de même nature avec la notion de *détournement d'institution*. Celle-ci est apparue en droit du travail dans les années 1970<sup>1</sup> pour désigner le détournement du statut protecteur des représentants du personnel, notamment en faisant bénéficier ce statut protecteur à un salarié menacé de licenciement<sup>2</sup>. Elle a également été utilisée en droit de la famille<sup>3</sup>, spécialement en matière de filiation<sup>4</sup>, et la Cour de cassation a pu considérer que l'adoption résultant d'une gestation pour autrui constituait un détournement de l'institution de l'adoption<sup>5</sup>. Ici, c'est moins une faculté normative qu'une institution juridique, proprement dite, qui est utilisée dans un but autre que celui pour lequel elle a été établie.

**193.** Au-delà des proximités conceptuelles, la sémantique juridique de l'abus désigne, en rapport avec le langage ordinaire, un phénomène particulièrement vague et général – le mauvais usage, l'usage excessif<sup>6</sup> – qui doit parfois se concrétiser, en droit, dans des notions particulières.

vi. Les abus de droit particularisés

**194.** *L'abus de majorité* est une des manifestations jurisprudentielles du concept de l'abus en droit des sociétés<sup>7</sup>. Une notion qui « repose sur les concepts généraux d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de bonne foi, de rupture intentionnelle d'égalité sans être véritablement réductible à l'une ou à l'autre de ces notions »<sup>8</sup>. L'abus de majorité est un acte accompli « contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser

---

<sup>1</sup> Cass. Soc., 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n° 615, p. 517.

<sup>2</sup> Cf. N. Cordier-Dumonnet, *Le détournement d'institution*, préc.

<sup>3</sup> F. Boulanger, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », JCP 1993. I. 3665 ; D. Fenouillet, « Le détournement d'institution familiale », *Mélanges P. Malaurie*, Defrénois, 2005, pp. 237 et s.

<sup>4</sup> Cass. Civ., 7 mars 1989, Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note Massip. D. 1989, J., p. 477, note J. Hauser ; CA Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988. 453, note J. Hauser.

<sup>5</sup> Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

<sup>6</sup> Cf. « Abuser », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* [en ligne], cons. 4 déc. 2020.

<sup>7</sup> Premières manifestations de l'abus en droit des sociétés : Req. 16 nov. 1943, S. 1947. 1. 15, note R. Houin, JCP 1944. II. 2551, note P. Lescot ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janv. 1958, D. 1958 ; Cass. Com., 6 fév. 1957, Bull. civ. III, n° 48, JCP 1957. II. 10325, note D. Bastian. Plus récemment, cf. T. Com. Paris, 11 mai 2004, Bull. Joly 2004. 1238, § 252, note P. Le Cannu, concernant l'abus, par un actionnaire du droit de poser des questions au cours de l'assemblée générale ; Cass. Com., 10 mai 2011, n° 10-16.323 à propos de l'abus d'exercice du droit de vote. Cf. J.-P. Sortais, « Abus de majorité, minorité, égalité », *Répertoire des sociétés* [en ligne], juil. 2019.

<sup>8</sup> M. Boizard, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés*, 1988, p. 367.

les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »<sup>1</sup>. La protection de l'intérêt général et la sanction de l'intention blâmable reçoivent ici une application particulière : l'intérêt social de l'entreprise<sup>2</sup>. D'ailleurs, la proximité avec la notion de faute est encore matérialisée par la Cour de cassation, qui se prononce sur les abus de majorité au visa de l'article 1240 du Code civil<sup>3</sup>. S'agissant d'actes juridiques collectifs, les abus de majorité se trouvent au confluent de l'abus de droit et de l'abus de pouvoir<sup>4</sup>. Ils sont sanctionnés par la nullité de l'acte, par des dommages et intérêts, voire par la dissolution de la société. Pareillement, *l'abus de minorité* est cette notion qui répond réciproquement aux mêmes finalités, la préservation de l'intérêt social de l'entreprise et l'égalité entre les associés, au détriment de l'intérêt personnel<sup>5</sup>.

**195.** *L'abus de position dominante*, notion de droit de l'Union européenne, apparue avec le traité de Rome, a pour finalité la protection du marché intérieur. Elle vise les *pratiques abusives* des entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres. Ces pratiques peuvent consister à imposer des « conditions de transactions *non équitables* », « à limiter la production, les débouchés ou le développement technique *au préjudice* des consommateurs », à « appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des *conditions inégales* à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un *désavantage* dans la concurrence », à « subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont *pas de lien avec l'objet de ces contrats* »<sup>6</sup>. Appliquée aux spécificités de la matière, c'est bien l'action conceptuelle de l'abus qui est à l'œuvre ici, dans sa manière d'imposer, d'un point de vue finaliste, des limites à l'action normative pratique, en raison de ses intentions, de ses moyens

---

<sup>1</sup> Cass., 18 avril 1961, n° 59-11.394.

<sup>2</sup> L'intérêt social de l'entreprise est défini par le rapport Viénot du 1<sup>er</sup> juillet 1995 comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise » (cité par J.-P. Sortais, « Abus de majorité, minorité, égalité », préc., § 10).

<sup>3</sup> Cass. Com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398 ; Cass. Com., 1 juil. 2003, n° 99-19.328.

<sup>4</sup> L. Cadiet, P. Le Tourneau, « abus de droit », préc., n° 193.

<sup>5</sup> Cf. not. M. De Juglart, B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2 ; D. Tricot, « Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité) », *RTD com.*, 1994, p. 617. Par exemple, l'exercice abusif d'une action en justice consistant à solliciter une expertise de gestion alors que les demandeurs ne réunissent pas le minimum du capital requis (Cass. Com., 12 janv. 1976, *Rev. sociétés*, 1976, p. 330). Aussi, l'abus de minorité a pour variante particulière *l'abus d'égalité* lorsque s'opère, notamment, une véritable obstruction (Cass. Com., 31 mars 2009, n° 08-11.860).

<sup>6</sup> Art. 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *nous soulignons*.

ou de ses fins<sup>1</sup>. L'on retrouvera ainsi les considérations classiques ayant trait à l'équité, à la bonne foi, à la loyauté dans les relations contractuelles, en vue de l'équilibre du marché en général. Aussi, l'appréciation des conséquences de la pratique abusive se fait aux termes d'une large contextualisation, tant au regard des acteurs du marché (les concurrents, les clients, les consommateurs)<sup>2</sup>, que dans la détermination de l'objet du marché lui-même<sup>3</sup>. La pratique abusive est finalement une *notion objective*<sup>4</sup>, qui s'apprécie plus au regard de la puissance économique de l'opérateur sur le marché que du point de vue de ses intentions *stricto sensu*. Il s'agit d'un abus de structure plus qu'un abus de comportement<sup>5</sup>, qui n'est pas sans rappeler l'abus d'institution. La préservation d'une structure équilibrée en matière de concurrence fonde également la répression des *abus de dépendance économique*<sup>6</sup>. Ces considérations mettent en lumière, une fois de plus, le caractère objectif de la contextualisation sociale opérée par le concept de l'abus de droit, que ce soit à l'échelle d'un marché économique ou de la société dans son ensemble. La dimension objective du concept reçoit une application spéciale en droit de la concurrence, puisque certaines pratiques abusives peuvent être exonérées en raison des fins acceptables qu'elles atteignent d'un point de vue social<sup>7</sup>. Le concept de l'abus de droit poursuit une finalité d'équilibre logique, laquelle ne se réduit pas à une perspective éthique du juste, mais est aussi nécessaire à l'entente sociale dans une communauté politique, ou encore au bon fonctionnement d'une économie de marché.

**196.** *L'abus de marché* en droit de l'Union européenne est une notion extensive qui recouvre tout comportement illicite sur un marché financier<sup>8</sup>, en particulier les opérations

---

<sup>1</sup> Concrètement, les interprètes authentiques réutilisent en la matière la dichotomie objet/effet dans l'appréhension de l'acte abusif, contrôlant si les pratiques litigieuses « ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché » (art. L. 420-1 C. com. ; Conseil de la concurrence, 5 fév. 2009, n° 09-D-06, BOCCRF n° 2 du 18 fév. 2009, n° 162).

<sup>2</sup> CJCE, 16 mars 2000, *Cie Maritime belge transports*, aff. C-395/96 et C-396/96, CCC 2000. n° 113, obs. Poillot-Peruzzetto.

<sup>3</sup> TPICE, 30 mars 2000, *Kish Glass & Co*, aff. T-65/96, *Europe* 2000, n° 142, obs. Idot.

<sup>4</sup> CJUE, 19 avril 2012, *Tomra Systems*, aff. C-549/10, *RDC* 2012. 852, n. Prieto.

<sup>5</sup> M. Malaurie-Vignal, *L'abus de position dominante*, LGDJ, 2003, 193 p.

<sup>6</sup> « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur » (art. L. 420-2 C. Com.). Cf. not. Cass. Com., 12 fév. 2013, n° 12-13.603.

<sup>7</sup> Ce peut être le progrès économique réalisé, notamment en matière d'emploi, à condition que les pratiques anticoncurrentielles réservent aux autres acteurs du marché une partie équitable du profit qui en résulte. Ce peut être également l'amélioration de la gestion des entreprises ou encore l'apparition d'un nouveau service (art. L. 420-4 C. Com.).

<sup>8</sup> Règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 relatif aux abus de marché, cons. 7. Le droit américain connaît aussi une législation dense en matière de répression des abus de marché (cf. not. A. Reygrobellet, B. François, F.



d'initiés, la divulgation illicite d'informations privilégiées<sup>1</sup> et les manipulations de marché. Le concept de l'abus a vocation à protéger l'intégrité du marché, en l'occurrence européen, des services financiers. Il poursuit la finalité explicite de préserver un *juste* équilibre sur le marché<sup>2</sup>, favorisant ainsi la croissance économique et le maintien de la *confiance* du public<sup>3</sup>. Le concept est particulièrement utilisé ici, comme pour l'abus de position dominante, par des autorités administratives, en France l'Autorité des marchés financiers, et peut conduire à l'adoption de sanctions administratives<sup>4</sup> – après la mise en œuvre d'un dialogue procédural avec l'autorité pénale<sup>5</sup>. Le concept juridique de l'abus dévoile ainsi toute sa praticité normative, son adaptation à de nombreux contentieux<sup>6</sup>, et un pragmatisme vertueux en des domaines complexes où la répression épouse les spécificités de l'objet social à régir.

---

Pernazza, K. Deckert, J. Chacornac, « La réforme du contentieux boursier : répression des abus de marché en France et solutions étrangères », *Bulletin Joly Bourse*, 2016, n° 11, p. 468).

<sup>1</sup> On retrouve, pour caractériser cette infraction, la logique conceptuelle de l'abus et son critère « d'exercice normal » des prérogatives du destinataire des normes. Ainsi, « une divulgation illicite d'informations privilégiées se produit lorsqu'une personne détient des informations privilégiées et divulgue ces informations à tout autre personne, sauf lorsque la divulgation s'effectue dans *l'exercice normal* de son travail, de sa profession, ou de ses fonctions » (Directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 relative aux abus de marché, art. 4. 2., *nous soulignons*).

<sup>2</sup> Ainsi, la « caractéristique essentielle des opérations d'initiés réside dans l'avantage *injuste* tiré d'informations privilégiées au détriment de tiers qui n'en ont pas connaissance, ce qui a pour conséquence de nuire à l'intégrité des marchés financiers et à la confiance des investisseurs » (règlement préc., cons. 23, *nous soulignons*).

<sup>3</sup> *Ibid.*, cons. 2, *nous soulignons* : « Pour qu'un marché financier puisse être intégré, efficace et transparent, l'intégrité du marché est nécessaire. Le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières *et la confiance du public en ces marchés* sont des préalables indispensables à la *croissance économique et à la prospérité*. Les abus de marché nuisent à l'intégrité des marchés financiers et ébranlent la confiance du public dans les valeurs mobilières et les instruments dérivés ».

<sup>4</sup> Cf. not. AMF, Commission des sanctions, décision n° 18 du 11 déc. 2019 qui sanctionne la société Bloomberg LP d'une amende de cinq millions d'euros pour manipulation de marché en raison de la diffusion d'informations fausses ou trompeuses.

<sup>5</sup> Art. L. 465-3-6 du Code monétaire et financier.

<sup>6</sup> La notion d'abus de marché a d'ailleurs vu son champ d'application élargi par le règlement (UE) du 16 avril 2014 par rapport à ce que prévoyait la directive 2003/6/CE au regard notamment de l'évolution des modalités de négociation des instruments financiers (règlement préc., cons. 8). Aussi, en « ce qui concerne les manipulations de marché, le présent règlement devrait prévoir des mesures adaptables aux nouvelles formes de négociation ou aux nouvelles stratégies potentiellement abusives. Pour tenir compte du fait que la négociation s'automatise de plus en plus, il est souhaitable d'étayer la définition de « manipulation de marché » par des exemples de stratégies abusives particulières pouvant être mises en œuvre par tout moyen disponible de trading, y compris le trading algorithmique et le trading à haute fréquence. *Ces exemples ne sont pas supposés être exhaustifs, pas plus qu'ils ne doivent laisser entendre que les mêmes stratégies mises en œuvre par d'autres moyens ne seraient pas abusives* » (*ibid.*, cons. 38, *nous soulignons*). L'extension du champ d'application des abus de marché se traduit également par la répression généralisée des tentatives de manipulation de marché et l'incrimination du comportement des tiers qui profitent de tels abus (A. Bellezza, « La réforme en demi-teinte du système de répression des abus de marché », *RSC*, 2016, p. 316). Preuve encore de sa praticité normative, la notion d'abus de marché n'est pas applicable aux organismes publics et « personnes » agissant dans la conduite de leur politique monétaire, de change ou de gestion de la dette publique (règlement préc., cons. 13).

197. Sans bénéfice de droit subjectif, mais en tant que correctif normatif lié à un détournement de prérogatives<sup>1</sup>, et en vue de la préservation des finalités du droit, il aurait pu également être évoqué, en rapport avec le concept de l'abus de droit, un certain nombre d'infractions pénales. Qu'il s'agisse de l'abus de confiance<sup>2</sup>, de l'abus d'autorité<sup>3</sup>, y compris dirigé contre l'administration<sup>4</sup>, mais aussi l'escroquerie<sup>5</sup> ou encore l'abus de biens sociaux<sup>6</sup>. Néanmoins, afin d'appréhender l'action spécifique de l'abus de droit fondamental, la proximité conceptuelle à clarifier prioritairement est celle qui mène à la proportionnalité.

## 2) *L'abus de droit et le concept de proportionnalité*

198. Le rapprochement conceptuel entre abus de droit et proportionnalité n'est pas nouveau<sup>7</sup>. Les deux concepts ont en fait un objet identique, si toutefois celui-ci est identifié de manière suffisamment large, à savoir *le mode d'exercice* de prérogatives juridiques. Il a pu être considéré, par ailleurs, que l'exercice d'un droit est abusif « lorsqu'il inflige à des intérêts légitimes un sacrifice *manifestement disproportionné* avec la satisfaction dérisoire qu'il procure à son titulaire »<sup>8</sup>.

199. Le lien entre les deux concepts est à l'image de l'évolution du système juridique. Du fait de l'avènement des droits subjectifs, la quête de l'équilibre logique et éthique portée

---

<sup>1</sup> E. Lajus-Thizon, *L'abus en droit pénal*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 23-190. Précisément, l'auteur définit l'abus en droit pénal comme « l'excès de pouvoir par détournement d'autorité » (p. 369).

<sup>2</sup> « L'abus de confiance est le fait par une personne de *détourner*, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un *usage déterminé* » (art. 314-1 C. Pén., *nous soulignons*).

<sup>3</sup> « Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende » (art. 225-4-10 C. Pén.).

<sup>4</sup> « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi... » (art. 432-1 C. Pén.).

<sup>5</sup> « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par *l'abus d'une qualité vraie*, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge » (art. 313-1 C. Pén., *nous soulignons*).

<sup>6</sup> « Le fait, pour les gérants, de faire, *de mauvaise foi*, des biens ou du crédit de la société, un *usage* qu'ils savent *contraire à l'intérêt de celle-ci*, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement » (art. L. 241-3 C. Com., *nous soulignons*).

<sup>7</sup> Cf. not. W. Van Gerven, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, pp. 307 et 308.

<sup>8</sup> G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13 éd., L.G.D.J., 2007, n° 151.

par le concept de l'abus de droit s'accomplit désormais à travers le contrôle de proportionnalité. Celui-ci s'épanouit autant dans une structure contentieuse de conflits de droits qu'en matière de limitations objectives. Il faut dire que la doctrine privatiste avait anticipé cette évolution du phénomène juridique, relevant « que l'abus de droit consiste à léser un autre droit également respectable, et mériterait en bonne terminologie d'être appelé le conflit de droits »<sup>1</sup>. Une véritable méthodologie devait alors gouverner les conflits de droits, d'autant plus que les rapports juridiques sont de plus en plus complexes<sup>2</sup>. Cette méthode est le contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire, selon M. Muzny, le « mode normatif, concret et effectif, de régulation juridictionnelle en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes *a priori* concurrents »<sup>3</sup>. La proportionnalité s'épanouit donc, comme le concept de l'abus de droit, dans le cadre d'une appréciation concrète et, pourrait-on dire, complexe de la situation à régir. Si les deux concepts ne se limitent pas, en réalité, à la sphère juridictionnelle<sup>4</sup>, ils prennent effectivement en considération les buts de la norme applicable. Ils sont tous deux résolument tournés vers la finalité de l'action normative, du point de vue de la situation particulière à régir, mais aussi des représentations induites à propos du droit en général. L'abus de droit et la proportionnalité sont des concepts *essentiellement* téléologiques<sup>5</sup>, qui s'assurent de l'application des buts du discours juridique en général, et de celui de la fondamentalité en particulier. Ils poursuivent une finalité rationnelle pratique, à la recherche de l'équilibre logique, entre initiative et réceptivité<sup>6</sup>, dans l'usage des prérogatives juridiques.

---

<sup>1</sup> M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », préc., p. 124.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique* (2 vol.), Presses Universitaires Aix-Marseille, 2005, p. 299.

<sup>4</sup> Les concepts de l'abus et de proportionnalité sont des principes généraux du droit qui formulent des directives d'interprétation des normes juridiques en général. En droit de l'Union européenne, « [e]n vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités » (art 5. 4 TUE). En matière de liberté de circulation, A. Marzal Yetano évoque, s'agissant du principe de proportionnalité, « un principe paradigmatique » (*La dynamique du principe de proportionnalité*, préc., p. 304). En droit administratif, le principe de proportionnalité est requis de l'action publique en général (D-U. Galetta, « Le principe de proportionnalité », dans *Traité de droit administratif européen* J-B. Auby et J. Dutheil (dir.), Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 504).

<sup>5</sup> Pour reprendre l'expression d'« essence téléologique » du concept de proportionnalité selon R. Bousta, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC* (vol. 59), 2007, n° 4, p. 862.

<sup>6</sup> G. Stexhe, « Devoir, Pouvoir ? La responsabilité dans les limites de la simple humanité », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 126.

**200.** Seulement, l'abus de droit ne se positionne pas au même stade du processus normatif concret. Il s'épanouit sur un chemin moins balisé<sup>1</sup> que celui de la proportionnalité et de sa mise en balance d'intérêts plus ou moins commensurables<sup>2</sup> – une mise en balance des intérêts tellement balisée qu'elle ne renvoie pas toujours explicitement aux droits fondamentaux applicables<sup>3</sup>. L'abus est effectivement le contrôle de la validité de l'usage d'un droit, au regard de considérations d'intention, de moyen et de fin. Alors que dans le contrôle de proportionnalité, les usages des droits sont réputés valides, mais doivent être conciliés entre eux ou en fonction de normes objectives. Autrement dit, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, l'usage d'un droit fondamental peut être valide *in abstracto*, mais ne pas recevoir de protection juridique particulière, eu égard à l'application concomitante d'un autre droit ou d'une exigence normative objective. *A contrario*, le concept de l'abus se prononce sur *l'usage en tant que tel*, de sorte que le fait abusif ne peut constituer l'exercice valide d'un droit. C'est la raison pour laquelle, d'un point de vue procédural et en ce qui constitue le principe, l'utilisation *stricte* de la notion de l'abus de droit par la Cour EDH conduit à déclarer la requête irrecevable : incompatible *ratione materiae*<sup>4</sup> avec la Convention. Par suite, lorsque la juridiction de Strasbourg met en place son contrôle de proportionnalité formel, les usages de droits en question sont *a priori* valides, bien que leur exercice puisse être conventionnellement restreint. En pratique, la notion de l'abus de droit est alors utilisée pour les *usages inacceptables*. En ce sens, il a pu être soutenu que l'abus est « tout au plus [une partie du conflit

---

<sup>1</sup> Les trois temps du contrôle de proportionnalité *lato sensu* sont maintenant largement connus. La Cour EDH se demandera si l'ingérence en cause est prévue par la loi (ou une norme juridique à caractère général), si elle poursuit un but légitime et si elle est proportionnée au but poursuivi. Le dernier temps revenant généralement à se demander si l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique. Généralement, les juridictions nationales apprécieront, elles, le caractère adapté ; nécessaire et proportionné de l'ingérence. Adaptée « en ce qu'elle doit permettre de réaliser l'objectif légitime poursuivi ; nécessaire, dès lors qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation de cet objectif ; et proportionnée, en ce qu'elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché » (J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *Intervention à l'Institut Portalis* [en ligne], mars 2017).

<sup>2</sup> J. Raz, « Incommensurability », in *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, pp. 333-334 cité par J.-Y. Chérot, « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *Cahiers de méthodologie juridique, Doctrine juridique et philosophie politique et morale*, RRJ, 2017-5, n° 31, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 1910 ; F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité », *Revue justice actualités*, ENM, déc. 2020, n° 24, p. 35.

<sup>3</sup> Cour EDH, 22 fév. 2018, *Libert c/France*, n° 588/13. Cf. not. X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2018, préc., pp. 863 et s : Si près de l'appréciation circonstanciée des intérêts en présence, la Cour n'évoque pas de dispositions conventionnelles auxquelles pourraient se rattacher les prérogatives de l'employeur, elle rappelle simplement sa jurisprudence la plus récente pour souligner l'intérêt légitime de ce dernier à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

<sup>4</sup> Cour EDH, *Garaudy c/France* (déc.), préc.

de droits], caractérisée par la nature extrémiste de la motivation du requérant »<sup>1</sup>. L'usage abusif suscite une conflictualité radicale des droits. Aussi, le concept ne suppose pas une mise en balance des intérêts à proprement parler, mais la caractérisation d'une faute<sup>2</sup> dans l'usage. L'on pourrait alors convenir que le concept de l'abus suppose une appréciation intrinsèque de l'usage du droit, tandis que la proportionnalité vise plutôt son appréhension extrinsèque dans l'environnement normatif – appréhension relative à d'autres droits ou aux normes objectives de limitation.

**201.** Cette distinction technique, sans doute pédagogique, reste tout de même largement théorique. Il est fort à parier qu'en pratique, les deux s'autoconstituent. D'ailleurs, les attermolements dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'abus de droit fondamental illustrent l'impossibilité d'une telle distinction étanche<sup>3</sup>. L'article 17 reste, en effet, « justiciable du principe de proportionnalité »<sup>4</sup>. Il faut dire, d'abord, que le contrôle de l'usage abusif, aussi intrinsèque qu'il puisse paraître, s'accomplit inévitablement au regard d'un environnement normatif, un cadre de référence qui permet d'établir en quoi l'usage est juridiquement inacceptable. Ensuite, la logique de proportionnalité, comme il a déjà été explicité<sup>5</sup>, nous paraît être inhérente à la fundamentalité en tant que discours d'action. Elle est donc présente, aussi, dans l'appréciation de la validité de l'usage d'un droit en tant que telle. F. Lagondet a raison lorsqu'il affirme que « l'abus de droit suppose un contrôle de proportionnalité propre à chaque cas d'espèce, et constitue, en tant que règle de raison, un outil essentiellement jurisprudentiel »<sup>6</sup>. Ce sont les mêmes considérations finalistes, le même cadre de référence du contrôle que les interprètes authentiques ont à l'esprit lors du maniement des notions de l'abus de droit et de proportionnalité formelle. Ce sont deux concepts, téléologiques et réflexifs, inhérents au phénomène juridique et au service de sa normativité. Il n'est finalement pas étonnant qu'ils soient utilisés concomitamment la plupart du temps.

---

<sup>1</sup> P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 467.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 466. *Supra.* § 178.

<sup>3</sup> Ainsi, dans de nombreuses affaires, l'application implicite ou explicite de l'abus de droit fondamental se fait au moment de l'appréciation de la nécessité de l'ingérence dans le cadre du contrôle de proportionnalité (not. Cour EDH, *Kühnen c/Allemagne*, préc.), *supra.* §§ 168-169.

<sup>4</sup> F. Ost, S. Van Drooghenbroeck, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », préc., p. 29.

<sup>5</sup> *Supra.* §§ 108 et s.

<sup>6</sup> F. Lagondet, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE* (ancien *JDE*), 2003, n° 1, p. 11.

**202.** Tout au plus, le contrôle de proportionnalité formel, mode contemporain du légalisme<sup>1</sup>, est mieux établi en droit positif quant à la méthode de son déploiement. Il est plus ancré dans la culture juridique, y compris régionale et internationale<sup>2</sup> ; il est plus englobant, plus facile d'utilisation, moins ambigu quant à son énoncé, et permet de préserver un champ sémantique plus strictement juridique. Véritable *instrument d'articulation des normes au sein de l'ordonnement juridique*<sup>3</sup>, le concept de proportionnalité est général et surtout réversible. Il s'applique autant pour apprécier l'usage de droits dans un conflit intersubjectif que pour examiner la validité des restrictions objectives aux droits selon une structure verticale. Le contrôle de proportionnalité lie, en fait, le contrôle des limites des droits fondamentaux et celui des limites aux limites. Autrement dit, il est le concept qui fixe concrètement la *double limite*<sup>4</sup> des droits fondamentaux – ou le champ de l'abus largement entendu, celle des facultés du bénéficiaire et celle des obligations du débiteur. Entre ces deux limites, le champ de validité le plus réduit, symbolisé par l'expression « noyau dur des droits fondamentaux », qui vise l'ensemble des usages valides de la fundamentalité ne pouvant être restreints par un interprète public ou privé, institutionnel ou particulier. En son sein, il ne peut y avoir évidemment d'abus de droit. La fixation concrète du champ de validité des droits, ou leur signification par l'usage, fait bien de la proportionnalité un concept inhérent à la fundamentalité envisagée en tant que discours<sup>5</sup>. À côté, le concept de l'abus de droit peut paraître fruste<sup>6</sup>. Il a toutefois, nous le verrons, un rôle important à jouer, et mérite une connaissance plus subtile en matière de droits fondamentaux. En tout état de cause, la proportionnalité restera le concept incontournable du

---

<sup>1</sup> B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême... », préc.

<sup>2</sup> Cf. not. A. Stone, J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008/47, pp. 72-164.

<sup>3</sup> C. Arens, « Conclusion » (Le contrôle de proportionnalité), *Justice et actualités*, déc. 2020, n° 24, p. 128.

<sup>4</sup> O. Pfersmann, dans *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 90.

<sup>5</sup> Selon R. Alexy, que « le principe de proportionnalité sous la forme d'une exigence de préférence stricte pour les moyens les plus favorables à l'exercice de la volonté résulte du caractère de "principe" des normes de droits fondamentaux » (*ibid.*, p. 92).

<sup>6</sup> La « mise en balance, opérée dans un examen minutieux et "prudent" du litige [en vertu du concept de proportionnalité], ne constitue-t-elle pas, précisément, le mode de raisonnement privilégié du juge européen dans l'ensemble des secteurs du droit conventionnel ? Ne peut-on expliquer, sur cette base, qu'il répugne à se départir de la balance au profit du "glaive" de l'article 17 utilisé comme déchéance pure et simple ? (S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne... », préc., p. 541). Cf. égal. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, F.U.S.L., 2002, spéc. p. 113 et s.

phénomène des droits fondamentaux, aussi bien clef de voûte de la normativité du discours que *medium* particulier de communication et de compréhension entre ses interprètes<sup>1</sup>.

**203.** *In fine*, l'abus de droit, comme de nombreux concepts juridiques qui lui sont familiers, poursuit l'ambition normative de préserver un certain équilibre dans l'usage des prérogatives juridiques. Une collaboration sociale minimale, une confiance mutuelle élémentaire, qui s'en va de la relation intersubjective, plus ou moins formelle en droit, jusqu'à l'entente collective au sein d'une communauté politique, sociale ou économique. Alors même que la fonction conceptuelle de l'abus de droit peut être accomplie, en tout ou partie, par d'autres notions bien connues de droit positif, les réticences à utiliser la notion d'abus sont aussi fortement liées à sa référence explicite au concept de droit subjectif, qui souffre lui-même d'équivoques théoriques embarrassantes dans une perspective normative.

#### *B. La confusion théorique à propos de la notion de droit subjectif*

**204.** « *Qu'est-ce donc qu'un droit subjectif ? Les controverses sans fin qui s'élèvent sur la vraie nature du droit subjectif sont la meilleure preuve de tout ce qu'a d'artificiel et de précaire cette conception* »<sup>2</sup>. Les paradoxes conceptuels de l'abus de droit sont, pour une large part, liés aux confusions théoriques à propos du concept de droit subjectif. Et pour cause, « on ne peut normalement parler d'abus de droit que là où on est en présence d'un véritable droit subjectif »<sup>3</sup>. Or, justement, qu'est-ce qu'un véritable droit subjectif ? Qu'est-ce, seulement, qu'un droit subjectif ? Les droits existent-ils vraiment ? Ne seraient-ils pas que des fictions, comme les « sorcières » ou les « licornes »<sup>4</sup> ?

**205.** Un des poncifs de la dogmatique juridique est de rappeler que la DDHC propose une définition première de la liberté<sup>5</sup>, certes négative, mais que les sources normatives formelles

---

<sup>1</sup> J. Dubarry, « Prendre la Constitution au sérieux (Regard franco-allemand sur l'enchevêtrement des discours juridique et politique au prisme de la proportionnalité) », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1525 ; T. Hochmann, « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA*, 2021, p. 805.

<sup>2</sup> L. Duguít, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, préc., pp. 9-10.

<sup>3</sup> P. Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », préc., p. 2.

<sup>4</sup> A. Macintyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981, p. 67.

<sup>5</sup> Art. 4 DDHC : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». L'implication logique manifestée par le terme « ainsi » laisse à penser que les rédacteurs concevaient une certaine équivalence significative entre droit naturel et liberté. Cf. not. M. Verpeaux, « La liberté », *AJDA*, 1998, pp. 144 et s.

en matière de droits fondamentaux sont peu loquaces sur la notion de droit subjectif. Pour certains théoriciens, les libertés désignent « au sens strict et précis, des facultés de pensée ou d’agir, tandis que les droits impliquent de pouvoir revendiquer d’un débiteur qu’il fasse positivement quelque chose (célébrer un mariage, fournir une éducation, etc.) »<sup>1</sup>. Dès lors, on pourrait penser que les droits sont de véritables normes juridiques, globalement efficaces et sanctionnées, notamment par la possibilité d’agir en justice, alors que la liberté n’est qu’un fait social préjuridique. Sinon, que la liberté suscite une possibilité d’agir et que le droit subjectif conditionne une obligation de respecter. En réalité, la majorité des interprètes du discours juridique emploie les deux termes de façon quasiment équivalente<sup>2</sup>, selon un certain pragmatisme dans l’usage du langage juridique. Seulement, l’énoncé « abus de droit » se réfère explicitement au droit subjectif, une notion qu’il convient donc de préciser (1) si l’on veut y voir un peu plus clair à propos de notre concept-objet (2).

### 1) *L’ambiguïté de la notion de droit subjectif*

*« Faites abstraction de l’idée de loi, et tout ce que vous gagnerez à utiliser le mot droit, c’est de provoquer une controverse au sujet d’un son »<sup>3</sup>.*

**206.** Inhérente au discours juridique, la notion de droit subjectif est une qualification à la fois normative et cognitive qui reste, en dernière analyse, une réalité postulée. D’un point de vue théorique, la notion de droit subjectif n’est qu’une hypothèse scientifique émise par ceux qui se risquent à une définition. Il y aurait une certaine facilité à dire qu’il y a autant de définitions que d’auteurs<sup>4</sup>, pour ceux qui en ont. En fait, les conceptions minimales règnent, et la dogmatique juridique s’est logiquement satisfaite d’une définition générique du droit subjectif, sous la forme de constituants cumulatifs. Ainsi, pour qu’il y ait droit, il faut un titulaire, un objet, une faculté d’opposabilité et la sanction de cette faculté. J. Rivero en

---

<sup>1</sup> M. Fabre-Magnan, *L’institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, p. 29 citée par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 235.

<sup>2</sup> Si, pour L. Josserand, la théorie de l’abus de droit est applicable en matière de libertés (*De l’esprit des droits et de leur relativité*, préc.), cette position a pu être contestée (P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., pp. 151 et s. ; égal. J. Dabin, *Le droit subjectif* (1952), Dalloz, rééd. 2007, pp. 268 et s.).

<sup>3</sup> « “Je dis que j’ai un droit”, “je dis que vous n’avez pas de droit” : les hommes peuvent continuer à s’exprimer ainsi, à vociférer et à enrager jusqu’à l’épuisement, cela ne leur permettra jamais de se mettre d’accord sur une même idée » (J. Bentham, « Garanties contre l’abus de pouvoir » [*Securities against Misrule*] (1822-1823), dans *Garanties contre l’abus de pouvoir*, trad. M.-L. Leroy, Éditions Rue d’Ulm, 2001, p. 102).

<sup>4</sup> D. Gutmann, « Droit subjectif », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), p. 533.



convient, « tout droit doit avoir un titulaire certain, un objet précis et possible, et doit être opposable à une ou plusieurs personnes déterminées tenues de le respecter »<sup>1</sup>.

207. Les premières réflexions doctrinales au sujet de l'abus de droit ont naturellement ravivé celles portant sur le concept de droit subjectif<sup>2</sup>. Il ne s'agit évidemment pas de reprendre ici l'ensemble des réflexions qui ont été produites à propos de la notion, mais seulement d'évoquer quelques conceptions qui serviront un propos plus général. Parmi elles, celle de B. Windscheid, qui, pour caractériser un droit subjectif, évoquait la puissance de volonté<sup>3</sup>. Une puissance normative semble-t-il immédiatement juridique, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Délaissant la volonté pour l'utilité, R. von Jhering envisageait le droit subjectif comme ce que l'on peut faire valoir en justice, il s'agirait alors d'un intérêt juridiquement protégé<sup>4</sup>. Il faut évoquer également le rapprochement opéré par G. Jellinek, selon lequel, « le droit subjectif est la puissance de volonté humaine qui, protégée et reconnue par l'ordonnement juridique, a pour objet un bien ou un intérêt »<sup>5</sup>. Ces auteurs assimilent donc

---

<sup>1</sup> J. Rivero, *Libertés publiques*, préc., p. 91.

<sup>2</sup> Entre autres : R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, préc. ; M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », préc. ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc. ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, préc.

<sup>3</sup> Bien que « l'espace », au sein duquel est exercé cette puissance, soit conféré par l'ordre juridique lui-même : « le droit est une faculté de vouloir ou un espace laissé au règne d'une volonté, conférés par l'ordre juridique » (B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906, 9<sup>e</sup> éd., p. 156). Les définitions contemporaines et génériques du droit subjectif sont généralement déduites de ces prémisses. Par exemple, « un droit subjectif est une prérogative concédée à un individu par le droit objectif, protégée par une action en justice » (J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préc., p. 27). Pour L. Duguit, sont en jeu derrière cette notion de droit subjectif, non pas une, mais deux volontés ; une volonté qui s'impose à une autre volonté : « c'est le pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volontés, quand elle veut une chose qui n'est pas prohibée par la loi » (*Les transformations générales du droit privé...*, préc., p. 10).

<sup>4</sup> R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Teil, erste Abteilung*, 4<sup>e</sup> éd., 1888, p. 351. Selon la traduction couramment reprise en doctrine, bien que l'auteur évoque littéralement l'intérêt protégé par la loi (selon la traduction de Meulenaere dans D. Gogos, « Nouvelles tendances d'interprétation du droit privé allemand. La conception causale du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1957, 9-3, p. 528). Pour Jhering, « deux éléments constituent le principe du droit ; l'un substantiel, dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit ; l'autre formel, qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, savoir : la protection du droit, l'action en justice. Celui-là est le fruit dont celui-ci est l'enveloppe protectrice. Par lui-même, le premier ne crée qu'un état de fait d'utilité ou de jouissance (*intérêt de fait*) [...]. Cette situation ne devient moins précaire, moins instable, que lorsque la loi vient la protéger. La jouissance, ou la perspective de jouissance, devient alors assurée ; elle devient un *droit* ». (« L'esprit du droit romain », dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 270-271).

<sup>5</sup> G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 2<sup>e</sup> éd., 1905, p. 44. Ce rapprochement de l'intérêt objectivement protégé et de la volonté, *a priori* plus subjective, a aussi été opéré par L. Michoud : « [n]ous définirons donc le droit subjectif : l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre ». Il n'est, d'ailleurs, pas nécessaire « que cette volonté appartienne métaphysiquement en propre au titulaire du droit..., mais qu'il suffise

le droit subjectif à une puissance, un intérêt plus ou moins privé, un pouvoir, une faculté souveraine<sup>1</sup> en partie liée à la faculté de raison postulée par la philosophie des lumières. Au nom de la disposition humaine à agir raisonnablement, l'action est également source de responsabilité. En ce sens, l'autonomie de la volonté se conçoit dans le cadre du droit en général, et dans celui du droit subjectif en particulier. L'autonomie « caractérise une compétence juridique initiale et indéterminée d'un être qui, en tant que tel, est sujet de droit et producteur de normes »<sup>2</sup>. L'étymologie est ici éclairante : autonome signifiant « être à soi-même la norme », avoir « la faculté de se donner sa propre loi »<sup>3</sup>. Il y a un fort volontarisme social attaché à ces conceptions autonomistes du droit subjectif, finalement envisagé comme « la liberté consciente de soi »<sup>4</sup> et, plus loin, « l'affirmation de soi »<sup>5</sup>. La volonté personnelle tend à se rapporter à la morale de chacun et ce point de vue subjectif rend complexe la différenciation entre morale et droit<sup>6</sup>. Mais le volontarisme en droit n'équivaut pas à l'autonomie absolue, le droit objectif est alors invoqué pour encadrer l'impulsion sociale. Si le droit subjectif est un domaine où la volonté individuelle règne, ce règne se fait avec l'accord de tous<sup>7</sup>. La notion signifie, dès lors, cette « puissance attribuée à une volonté par le Droit objectif, une faculté de vouloir reconnue par le Droit »<sup>8</sup>. La validité juridique de la puissance visée serait dépendante d'une attribution par le droit objectif, et ce passage du fait au droit, ou du droit au fait, peut paraître obscur.

« Un intérêt est suffisant pour fonder un droit si, et seulement si, il existe un argument valable [sound] dont la conclusion est qu'un certain droit existe, et qui comporte dans ses prémisses non-redondantes un énoncé affirmant l'existence d'un certain intérêt du détenteur du droit, les autres prémisses donnant des fondements pour attribuer à cet intérêt l'importance requise, ou

---

que cette volonté puisse lui être socialement ou pratiquement attribuée » (*La théorie de la personnalité morale*, I, 1906, pp. 105 et s.).

<sup>1</sup> Pour Hart, « The individual who has the right is a small scale sovereign to whom the duty is owed » (H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, préc., p. 183).

<sup>2</sup> R. Hertzog, « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de significations ? », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 446.

<sup>3</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 2002.

<sup>4</sup> G.W.F. Hegel, « Principes de philosophie du droit » (1821) dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 246.

<sup>5</sup> L. Raiser, « Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht » (1961), dans *Die Aufgabe des Privatrechts*, Francfort-sur-le-Main, Metzner, 1977, p. 115.

<sup>6</sup> A. Schopenhauer, « Le monde comme volonté et comme représentation » (1819), dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 236-237.

<sup>7</sup> F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, Berlin, Veit & Co., 1840, § 4.

<sup>8</sup> L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., p. 68 cité par S. Van Ouwerkerk, *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, Thèse dactylographiée, Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 87.

pour le considérer comme pertinent pour une personne particulière ou une classe particulière de personnes, en sorte que cette personne ou ces personnes soient à considérer (plutôt que d'autres) comme obligées envers le détenteur du droit »<sup>1</sup>.

La validité de l'intérêt en tant que droit dépend donc de prémisses quant à la possibilité et à la qualité d'un tel intérêt. Or, la raison d'être d'un système juridique libéral est de rendre ces prémisses objectives. Il se pourrait bien, dès lors, qu'étudier les droits subjectifs revienne simplement à étudier l'ordre juridique qui les prévoit.

**208.** Le discours est connu, la conception substantielle du droit subjectif est incompréhensible pour les tenants d'une approche normativiste<sup>2</sup>. Pour H. Kelsen, le droit subjectif n'existe pas. Derrière cette notion, il y a seulement l'obligation déterminée par le droit objectif à la charge d'autrui<sup>3</sup>. Pareillement, selon L. Duguit, la représentation d'un droit

---

<sup>1</sup> J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 181 cité et traduit par E. Picavet, *La revendication des droits...*, préc., p. 148 ; égal. J. Raz, « On the Nature of Rights », *Mind*, avril 1984 (vol. 93), n° 370, p. 195 : « "x has a right" if and only if x can have rights, and other things being equal, an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under duty ».

<sup>2</sup> La théorie pure du droit élimine le dualisme entre droit objectif et droit subjectif ; « elle ramène le soi-disant droit au sens subjectif au droit au sens objectif, car elle dissout le concept de personne, parce qu'elle montre qu'il répond simplement à la personnification d'un complexe de normes juridiques, et parce qu'elle réduit l'obligation et le droit subjectif (...) à la norme juridique, qui attache une sanction à une conduite déterminée d'un individu et qui fait dépendre l'exécution de la sanction d'une demande en justice tendant à cet effet ; ce faisant, la théorie pure du droit fait litière de cette attitude subjectiviste à l'égard du droit, au service de laquelle doit jouer la notion de droit au sens subjectif, – cette façon de le concevoir, caractéristique des avocats, qui consiste à n'envisager le droit que du point de vue de l'intérêt des parties, c'est-à-dire en considérant seulement ce qu'il signifie pour les particuliers (...). En opposition radicale, la théorie pure du droit prend et exprime une attitude pleinement universaliste et objectiviste. Elle va essentiellement et par principe à la totalité du droit, considéré dans sa validité objective, et cherche à saisir chaque phénomène particulier uniquement dans ses relations de système avec tous les autres, à saisir, dans chaque partie du droit, la fonction du droit tout entier » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 253).

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 170 et s. Selon la même logique, pour H. Motulsky : « Avoir un droit ne signifie rien d'autre que d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer "l'effet juridique" d'une règle de droit » (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs* (1948), Paris, Dalloz, rééd. 2002, p. 30). En cela, la conception formelle présente une continuité logique et politique avec le positivisme d'A. Comte, pour qui, « il ne put exister de droits véritables qu'autant que les pouvoirs réguliers émanèrent de volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit des prétendus droits humains, qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale, en tendant toujours à consacrer l'individualisme. Dans l'état positif, qui n'admet plus de titres célestes, l'idée de droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs, et envers tous ; mais personne n'a aucun droit proprement dit. *Les justes garanties individuelles résultent seulement de cette universelle réciprocité d'obligations*, qui reproduit l'équivalent moral des droits antérieurs, sans offrir leurs graves dangers politiques. En d'autres termes, nul ne possède plus d'un autre droit que celui de toujours faire son devoir. C'est uniquement ainsi que la politique peut enfin se subordonner réellement à la morale » (*Système de politique positive* (1851) dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 335-336, nous soulignons).

subjectif n'est que l'effet particulier du droit objectif<sup>1</sup>, son reflet<sup>2</sup>. De fait, même si l'on devait garder la terminologie « droit subjectif », il n'y aurait derrière cette notion que la faculté juridique d'exigence normative envers autrui<sup>3</sup>. « Cette donnée que l'on désigne du nom de "droit", ou "droit subjectif" ou "prétention", d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres »<sup>4</sup>. Au mieux, le droit subjectif n'est donc qu'un complexe particulier de normes : des permissions auxquelles répondent des obligations correspondantes<sup>5</sup>. Il n'y a « pas de droit sans obligation et il n'y a ni droit ni obligation sans une norme de conduite »<sup>6</sup>. Dès avant, il convient d'insister sur le fait que les contraintes sont internes aux droits, et permettent leur réalisation. En parcourant l'échelle de la concrétisation, il n'est finalement pas étonnant qu'un regard plus sociologique sur les droits rejoigne la conception formelle axée sur la norme, et donc sur la contrainte : un droit non effectif est une norme non sanctionnée, donc non juridique.

« Un droit individuel sera vu comme la garantie de pouvoir accéder à un certain sous-ensemble d'états sociaux, grâce à des actions d'une certaine sorte (ce qui peut s'exprimer comme un ensemble de restrictions sur les actions conjointes des participants à l'interaction) »<sup>7</sup>.

**209.** Par suite, l'opposition serait vaine entre objectif et subjectif. Elle nie, en réalité, leur réciprocity ontologique au sein du phénomène juridique. La distinction n'est cependant pas sans intérêt cognitif. Elle est sans doute importante d'un point de vue pédagogique, mais surtout

---

<sup>1</sup> « La norme législative ne donne jamais à l'individu, directement, un véritable droit subjectif, elle ne crée jamais une situation juridique subjective ; elle implique seulement pour les volontés un pouvoir de vouloir légitimement et efficacement un effet de droit ; ce pouvoir de vouloir est vraiment un pouvoir objectif » (L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, vol. 1, Fontemoing, 1901, p. 589). Pour J. Dabin, la critique formulée par Duguit constitue « la négation en apparence la plus radicale du droit subjectif » (*Le droit subjectif*, préc., p. 5).

<sup>2</sup> Ce qui a pu être nommé encore « effet réflexe » du droit subjectif (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 173 ; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 610).

<sup>3</sup> Inspiré par les critiques de Kelsen et Duguit à propos du concept, R. Bonnard considérera le droit subjectif comme « le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice ; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel » (« Les droits publics subjectifs des administrés », *Revue de droit public*, 1942, p. 707).

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 172.

<sup>5</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », préc., p. 104.

<sup>6</sup> N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, préc., p. 20. Le droit devient même la limitation de la liberté personnelle au nom du principe général de liberté universelle : « le droit est la limitation de la liberté de chacun à la condition de son accord avec la liberté de tous, dans la mesure où celle-ci est possible d'après une loi générale » (E. Kant, *Sur le lieu commun : il se peut que ce soit juste en théorie, mais, en pratique, cela ne vaut point* (trad. L. Ferry), dans *Œuvres philosophiques III*, Paris, Gallimard, 1986, p. 269).

<sup>7</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 164.

idéologique<sup>1</sup>. Pour J. Raz encore, le droit est le fondement de l'obligation qui lui est corrélée<sup>2</sup>. On voit bien comment la distinction postule une préservation de la liberté individuelle eu égard au pouvoir de contrainte étatique, avec, pour présupposé idéal, un état de liberté prépolitique<sup>3</sup>. Pour cette liberté préexistant à toute forme d'institutionnalisation sociale, selon une conception rousseauiste, il n'est pas question d'abus. L'influence des doctrines du droit naturel sur le positivisme du XIX<sup>e</sup> siècle, et généralement sur la théorie du droit, est ici manifeste<sup>4</sup>. La distinction entre droit objectif et droits subjectifs sera par la suite une exigence de l'État de droit<sup>5</sup>. La notion de droit subjectif peut servir également les philosophies politiques structurées autour de l'égal respect des préférences de chacun. Ainsi, les droits sont envisagés par R. Dworkin comme des atouts politiques à faire valoir contre l'État ou contre les autres particuliers<sup>6</sup>. Ils sont les moyens d'expression publique de l'autonomie privée, de se préserver de l'oppression majoritaire, de participer à l'activité politique, de réorienter des politiques publiques, etc. Ils favorisent l'indépendance et hiérarchisent les intérêts. Il faut dire que la notion peut aussi se montrer utile sous le paradigme capitaliste<sup>7</sup>, en préservant des sphères d'action individuelle où l'initiative et l'intérêt privés sont protégés, voire valorisés. Enfin, le droit subjectif a structuré nombre de théories du libéralisme politique, liant conceptuellement

---

<sup>1</sup> Et L. Duguit feignant de se demander « pourquoi cette notion de droit subjectif qui est partout dans les ouvrages des juristes et dans les lois des législateurs et qui n'est nulle part dans la réalité ? Parce que (...) persiste toujours dans le monde du droit la mentalité métaphysique ou, pour mieux dire, la mentalité théologique, qui conduit juristes et législateurs à placer derrière toute activité socialement protégée des substances métaphysiques pour expliquer cette protection » (*Traité de droit constitutionnel*, préc., 1921, p. 178).

<sup>2</sup> J. Raz, *The Morality of Freedom*, préc., p. 171 ; J. Raz, « On the Nature of Rights », préc., pp. 194-214.

<sup>3</sup> « La règle de droit, ou le droit objectif, a pour fondement le droit subjectif de l'individu. Elle impose à l'État l'obligation de protéger et de garantir les droits de l'individu : elle lui interdit de faire aucunes lois, aucunes actes qui y portent atteinte (...) Cette conception purement individualiste du droit était aussi artificielle que la conception métaphysique de droit subjectif » (L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, préc., p. 6). Selon H. Coing, « l'idée de droit subjectif maintient en vie la conception selon laquelle le droit privé, et la protection juridique qu'il fonde, sert en dernière instance à préserver la liberté de l'individu dans la société, la liberté individuelle étant l'une des idées fondamentales pour la grâce de quoi le droit privé existe. En effet, ce qu'exprime l'idée de droit subjectif c'est cette réalité selon laquelle le droit privé est celui des sociétés juridiques, indépendants les uns des autres, qui agissent en vertu de leurs propres décisions » (« Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht" » in Id. (éd.) *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Privatrechts*, 1959, p. 22 cité par J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 103).

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 176.

<sup>5</sup> « D'après le sens général de l'expression, on pourrait qualifier d'État de droit tout État qui respecte sans faillir le droit objectif en vigueur et les droits subjectifs existants » (C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 267).

<sup>6</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard UP, 1977, XI.

<sup>7</sup> L'établissement de droits subjectifs est « une technique dont il n'y a aucune nécessité (...) caractéristique de l'ordre juridique capitaliste, en tant qu'il garantit l'institution de la propriété privée et tient donc tout particulièrement compte de l'intérêt individuel » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 184).

liberté et égalité, lorsqu'il signifie le « droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous »<sup>1</sup>.

**210.** Pour autant, la perspective idéologique de la distinction doit aussi être relativisée. En qualifiant de droit subjectif l'intérêt juridiquement protégé, il faut bien concéder au droit objectif l'action protectrice du juridique sur l'intérêt. Dès lors, la notion de droit subjectif renvoie à la reconnaissance par le droit objectif de la légitimité de l'intérêt supposé, lequel peut alors se faire valoir en justice<sup>2</sup>. L'intérêt factuel visé par le droit subjectif ne serait qu'une valeur sociale proclamée par le droit objectif. Le droit subjectif a un objet déterminé, ce qui en fait l'accessoire commode de l'axiologie objective du discours juridique. Cette lecture fonctionnaliste et systémique du phénomène juridique, que la logique formelle a pu dessiner selon ses présupposés méthodologiques, est toutefois un peu simpliste. Elle ne rend pas bien compte des facultés normatives individuelles, puisque le droit subjectif n'est pas seulement l'intérêt objectivement protégé, il est aussi la *maîtrise* par le destinataire de cet intérêt<sup>3</sup>, sa faculté à en disposer<sup>4</sup> et, à la fin, à en inventer les modalités de jouissance. La reconnaissance de la légitimité de l'intérêt *impulsé par l'individu*, ou de sa validité d'un point de vue juridique, doit être prise au sérieux sur le plan théorique. C'est une démarche ascendante, du fait au droit, le second constituant une catégorie modale de comportements susceptible de viser plusieurs faits. Il apparaît alors que l'intérêt juridiquement protégé sous-détermine la signification d'un droit, parce qu'il l'emprisonne dans une représentation par trop statique. De plus, la signification du concept de droit subjectif doit également prendre en compte la démarche descendante, du droit au fait. Les énoncés normatifs qui signifient des droits subjectifs sont en réalité constitutifs de l'intérêt factuel envisagé. Autrement dit, le fait constitue le droit, mais le droit constitue aussi le fait, et le précède parfois. La norme juridique est également une norme

---

<sup>1</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice* (1971) (trad. C. Audard), Paris, Éd. du Seuil, 1987, p. 91. C'est sensiblement la même définition que J. Habermas retient à propos des droits fondamentaux, lesquels résultent « du développement, politiquement autonome, du droit à l'étendue la plus grande possible de libertés subjectives d'action égales pour tous » (*Droit et démocratie*, préc., p. 139).

<sup>2</sup> J. Barthelemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Libr. S.R.G.L.A, spéc. pp. 20 et s.

<sup>3</sup> Pour J. Dabin, « le droit subjectif est propriété, maîtrise et, par déviation, liberté » (« Droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD*, 1964, p. 27). Aussi, pour P. Roubier, la « situation juridique subjective a un caractère de situation préétablie. Elle n'apparaît pas comme une simple réaction de l'ordre juridique sur un fait ou un acte donné ; elle constitue une position prise à l'avance et qui est destinée à assurer à son bénéficiaire les effets juridiques qu'elle doit produire » (*Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., p. 72).

<sup>4</sup> « Tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un *lien d'appartenance*, d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien » (J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., p. 80, nous soulignons).

sociale symbolique, à la signification prioritaire. Le destinataire des normes agira *en fonction*<sup>1</sup> des droits préalablement reconnus et du discours juridique en général. Réciproquement, au sein de la communauté d'interprétation juridique, le fait social prétendant à la reconnaissance du statut de droit subjectif sera appréhendé *dans et par* le langage juridique. La lecture discursive du droit lie ainsi la réciprocité ontologique entre subjectif et objectif, y compris au sein du concept de droit subjectif. Le concept de droit subjectif vise donc *des dispositions à agir juridiquement valides*. Son objet est le fait du destinataire des normes, actuellement et potentiellement, *signifié par le discours juridique* qui le protège effectivement en tant qu'intérêt social. Un intérêt social qui peut bien sûr être apprécié, aussi, d'un point de vue individualiste. Toute l'ambiguïté de la notion réside dans ce rapport complexe entre fait et droit. C'est la raison pour laquelle, un concept tel que l'abus de droit, intuitivement paradoxal, a pu s'épanouir au sein du discours juridique.

## 2) *L'abus de droit confronté à l'ambivalence de la notion de droit subjectif*

**211.** Afin de légitimer la nécessité d'une théorie de l'abus de droit, nombreux sont les auteurs à avoir mis en avant la finalité sociale des droits subjectifs, comme inhérente à leur *nature*. Ainsi, F. Gény est « porté à croire que l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient »<sup>2</sup>. En conséquence de quoi, pour R. Saleilles, « la véritable formule serait celle qui verrait l'abus de droit dans l'exercice anormal du droit,

---

<sup>1</sup> À ce stade, si l'assertion n'est pas véritablement étayée empiriquement, elle n'en est pas pour autant idéale. De manière certes intuitive, l'idée selon laquelle le destinataire des normes juridiques agit *effectivement* en fonction des droits dont il croit être le bénéficiaire paraît tout à fait logique. Ainsi, en dehors de l'hypothèse du défaut objectif d'interprétation, qui ne remet pas en cause la prémisse initiale, l'individu rationnel agira *en fonction* des droits préalablement reconnus s'il veut voir s'accomplir socialement le fait exécuté. Effectivement, un fait juridiquement non valide (au sens ici où il n'est pas constitutif d'un droit subjectif) ne pourra s'épanouir durablement dans la sphère sociale. Par ailleurs, même dans l'hypothèse minoritaire du destinataire de mauvaise foi, il n'est pas du tout sûr que celui-ci n'agira pas *en fonction* des droits reconnus : son action spécieuse peut viser à faire évoluer le champ de validité des droits ou, au contraire, s'inscrire consciemment contre eux, en signe de protestation. En toute hypothèse, le fait social peut être exercé en conscience des droits reconnus et malgré eux. Comme le dit F. Gény, « si enchevêtrement(s) il y a, c'est aussi, et peut-être surtout, parce que le droit, en même temps qu'il prescrit, institue, et que, parallèlement, les transformations sociales, supposées à l'œuvre réellement, ne sont pas totalement dépourvues de normativité » (« Brèves réflexions sur l'identité et la (con)textualité du droit », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, p. 100).

<sup>2</sup> F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, 1899, pp. 543 et s. Et pour cause, selon R. von Jhering, « dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but, et en vue du but ; le droit tout entier n'est qu'une unique création du but », celui, en l'occurrence, de *la garantie des conditions de vie de la Société* (*L'évolution du droit*, trad. O. De Meulenaere, Paris, Chevalier-Maresq et Cie, 1901, pp. 291-292).

exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif »<sup>1</sup>. Comme toutes normes juridiques, les droits ont une finalité, les droits ont une destination, les droits seraient même doués d'esprit :

« Toutes les règles de droit cessent d'avoir leur effet, non seulement si on les applique hors de leurs bornes et dans les matières où elles ne se rapportent point, mais aussi lorsque, dans les matières où elles se rapportent, on les détourne à une application fautive ou vicieuse contre leur esprit »<sup>2</sup>.

**212.** Après tout, poussé jusqu'au bout, le droit peut entraîner les injustices les plus graves<sup>3</sup>. La perspective est clairement fonctionnaliste, les droits subjectifs ne sont plus envisagés du point de vue de la volonté, mais de celui de leur utilité sociale<sup>4</sup>, ce sont des droits-fonctions<sup>5</sup> :

« Pour que l'abus de droit soit une notion intelligible, il faut se rallier à l'opinion de Jossierand qui conçoit les droits comme des fonctions sociales. Ainsi compris, l'abus de droit, contrairement aux opinions plus traditionnelles (...), ne réintroduit pas l'équité comme facteur subjectif destiné à corriger l'injustice naissant d'un usage immodéré autorisé par le droit. Sous une formulation neuve, cette conception est proche d'une idée ancienne et simple suivant laquelle l'esprit a priorité sur la lettre et la règle juridique doit être interprétée selon sa finalité »<sup>6</sup>.

Le concept de droit subjectif a une fonction dans le langage juridique, ainsi que dans le monde du droit. En cela, le point de vue fonctionnel n'est pas bien éloigné de la lecture institutionnelle<sup>7</sup>, mais aussi, d'une certaine façon, de la lecture formelle, puisque si le droit est une norme

---

<sup>1</sup> R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, préc., p. 371.

<sup>2</sup> J. Domat cité par R. Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français*, Thèse, Paris, 1916, p. 81 cité lui-même par *ibid.*, p. 35.

<sup>3</sup> Tel est le sens de l'adage attribué à Cicéron: *summum jus, summa injuria* ou autre adage romain : *Male enim nostro jure uti non debemus* (« Celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui »).

<sup>4</sup> Ce qui n'est pas sans rappeler la lecture utilitariste des droits de R. von Jhering (préc.). L'abus de droit est alors simplement l'usage *infidèle* à cette finalité sociale (L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, préc.).

<sup>5</sup> « En réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit » (L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, préc., p. 370).

<sup>6</sup> A. Guillot, « L. Dubouis, la théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », préc., p. 231.

<sup>7</sup> « Toute institution a un but dont il ne dépend pas des particuliers ni des administrateurs de la faire dévier », alors « l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité » (L. Duguit, préc.).



juridique, donc sociale, il ne pourrait être exercé antisocialement<sup>1</sup>. Pourtant, la conception positive de l'abus suppose de maintenir la différenciation substantielle entre droit subjectif et droit objectif, ce dernier étant envisagé comme le droit « tout entier » :

Il y aurait précisément « droit et droit ; et l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juricité, c'est à dire en tant que corps de règles sociales. On peut parfaitement avoir pour soi tel droit déterminé et cependant avoir contre soi le droit tout entier »<sup>2</sup>.

**213.** Dès lors, de manière assez paradoxale, la théorie de l'abus de droit repose sur une distinction entre droit subjectif et droit objectif, alors même que sa légitimité conceptuelle dépend d'une lecture finaliste qui les rapproche de nouveau. Une autre distinction va donc intervenir au service de la théorie de l'abus, celle entre limites internes et limites externes aux droits<sup>3</sup>. La question, essentiellement théorique, est celle de savoir si l'abus se produit à l'intérieur ou à l'extérieur des limites formelles d'exercice d'un droit :

« L'on peut se trouver en dehors des limites formelles du droit subjectif telles qu'elles sont fixées par exemple par la loi, [et qui] font paraître que tout ce qui se situe dans ces limites est justifié. La théorie de l'abus de droit détruit cette apparence en pénétrant également à l'intérieur des frontières et ce, sur la base d'un principe général non écrit de convenance »<sup>4</sup>.

Pour M. Planiol, cette dichotomie n'a pas de sens. « Il ne faut pas être dupe des mots : le droit cesse où l'abus commence »<sup>5</sup>, ce qui rejoint l'aphorisme d'Ulpien : *Neminem laedit qui suo*

---

<sup>1</sup> G. Cornil, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris, 1924, pp. 99 et s.

<sup>2</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, préc. Pour, R. Saleilles, « l'exercice abusif d'un droit devient un fait contre le droit, rentrant dans la matérialité du délit civil » (*Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, préc., p. 370).

<sup>3</sup> Telle est la conception contemporaine retenue par L. Eck dans sa thèse sur l'abus de droit constitutionnel : « une définition relativement large de l'abus de droit a pu être suggérée en partant de l'idée que cette notion vient sanctionner le dépassement des limites internes du droit alors considéré comme abusé. De manière simple et résumée, en droit constitutionnel, l'abus de droit est l'exercice d'un droit subjectif entraînant un préjudice et dépassant l'usage convenable de ce droit en raison de considérations psychologiques, matérielles ou finalistes » (*L'abus de droit en droit constitutionnel*, préc., p. 181). Il est vrai que le Conseil constitutionnel avait lui-même reconnu, avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, des « limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement » (23 janv. 1987, n° 86-225 DC, Loi portant diverses mesures d'ordre social, cons. 8).

<sup>4</sup> W. Van Gerven, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », préc., pp. 305 et s.

<sup>5</sup> Il « ne peut y avoir "usage abusif" d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit » (*Traité élémentaire de droit civil*, préc., n° 870).

*jure utitur*<sup>1</sup>. En réalité, l'action qui relève du champ d'application d'un droit ne peut être fautive, même si elle cause préjudice à autrui. Le droit ayant « précisément pour caractère de rendre irresponsable celui qui s'en sert »<sup>2</sup>. Réciproquement, on l'a vu, l'usage abusif d'un droit est juridiquement assimilable à une faute, de sorte que « l'abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite »<sup>3</sup>. D'ailleurs, toujours selon M. Planiol, le fondement de la théorie de l'abus de droit, qui consiste à appréhender l'intention de nuire, a quelque chose d'irénique, tant les « hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres ; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle »<sup>4</sup>. Enfin, la sanction juridique de l'intention de nuire ne se réduit pas à l'abus de droit puisque le défenseur n'invoquera pas nécessairement un droit, mais peut être seulement sa liberté d'action<sup>5</sup>. Ainsi, le droit de la responsabilité civile n'aurait nul besoin d'une théorie de l'abus de droit, laquelle est superfétatoire avec les notions de faute, de délit, d'infraction ou plus généralement d'acte illicite. Finalement, pour R. Saleilles, « un droit dont on abuse n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit que l'on prétend avoir »<sup>6</sup>. Certains auteurs se sont pourtant évertués à défendre l'idée d'une troisième voie entre le licite et l'illicite pour l'acte abusif :

« L'acte licite est celui qui est accompli dans l'exercice d'un droit et qui ne lèse aucun droit, l'acte illicite est celui qui n'est pas accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit ; l'acte abusif est celui qui est accompli dans l'exercice d'un droit et qui lèse un droit »<sup>7</sup>.

**214.** La théorie de l'abus de droit se replie donc sur le préjudice objectivement causé par l'exercice d'un droit. Or, de nombreux droits exercés normalement lèsent effectivement d'autres droits. Que l'on songe à la liberté d'expression, au droit de grève, à la liberté de manifestation et bien d'autres, l'esprit de chicane n'est pas en soi le signe d'une illicéité de

---

<sup>1</sup> *Celui qui use de son droit ne lèse personne.*

<sup>2</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., n<sup>os</sup> 870 et s. « Puisque la faute est un acte contraire au droit (illicite), il en résulte une conséquence importante : si j'ai le droit de faire un acte déterminé, je ne suis pas en faute pour l'avoir accompli ; et si j'ai le droit de m'abstenir, je ne suis pas en faute pour l'avoir omis. *Par suite, je ne dois rien à personne ; quelque préjudice que mon action ou mon abstention ait causé à autrui* » (*nous soulignons*).

<sup>3</sup> *Idem.* : « Les jurisconsultes et les législateurs modernes ont au contraire une tendance à considérer l'usage d'un droit comme pouvant devenir un abus, *et par suite constituer une faute* » (*nous soulignons*).

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> *Idem.* Cette hypothèse est désormais à relativiser au regard de l'influence contemporaine du phénomène objectif de la fundamentalité (*infra.*, §§ 90 et s.).

<sup>6</sup> *Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, préc., p. 372.

<sup>7</sup> M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD civ.*, 1906, p. 124.

l'acte. Là encore, les raisons théoriques de l'abus de droit sont ambiguës. L'exercice d'un droit implique un complexe de relations intersubjectives pour lesquelles le débiteur de l'obligation réflexe au droit peut subir un préjudice<sup>1</sup>. Tout au plus, il reste à la théorie de l'abus la prohibition de l'acte qui fait de la cause de ce préjudice le but de l'utilisation d'un droit<sup>2</sup>. Dans tous les cas, cette théorie est fondée sur une conception relationnelle du droit subjectif<sup>3</sup>, laquelle s'extrait du paradigme distributif de droits en tant que biens premiers<sup>4</sup> pour s'intéresser préférentiellement à leur portée déontologique<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Dès 1919, A.L. Corbin définissait le droit comme « la relation juridique qui existe entre A et B lorsque la société exige (*society commands*) l'action ou l'abstention d'action par B et pénalisera d'une façon ou d'une autre la désobéissance à la demande de A » (« Legal Analysis and Terminology », *Yale Law Journal*, 29 (1919-1920), p. 167 cité par E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 13). D'ailleurs, cette structure relationnelle se dessine derrière la sémantique « avoir droit à ». En effet, pour R. Guastini, cette expression peut viser, selon les contextes d'énonciation, le comportement du titulaire (« droit de se comporter d'une certaine manière »), le comportement d'autrui (« droit d'obtenir que d'autres se comportent d'une certaine manière »), ou directement « des situations juridiques » (« droit de créer, de modifier et de mettre fin à des obligations et à des droits ») (R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2006, p. 84 cité par V. Champeil-desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 237). De manière tout à fait précise, C. Roulhac perçoit, lui, que le droit est une relation qui met en jeu « un titulaire (qui se voit donc attribuer la prérogative), un ou plusieurs obligés ou « débiteurs » (contre qui il peut la faire valoir), un objet (ce sur quoi porte le droit) et un contenu normatif (qui correspond au[x] comportement[s] qu'implique la réalisation du droit, de la part des débiteurs). À cela, certains ajoutent encore la garantie du droit, c'est-à-dire les voies de droit pour obtenir qu'ils soient respectés » (« Introduction » (Précision et droits de l'Homme), *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7/2015). Cette approche générique et formelle rejoint logiquement la définition du droit subjectif en tant que norme juridique. Elle reste vague sur « l'objet » du droit, sur « ce en quoi consiste le droit », sur une forme d'ontologie sociale du droit. La question du contenu du droit dans le cadre d'une définition juridique générale est nécessairement vague. Pour R. Guastini, le contenu d'un droit n'est « rien d'autre que le comportement que [son] titulaire [...] peut exiger de la part d'un autre sujet » (R. Guastini, « Diritti », *Analisi e diritto*, 1994, p. 169 cité dans *Théorie générale...*, préc., p. 242).

<sup>2</sup> M. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, préc., p. 13.

<sup>3</sup> C'est le choix fait par L. Eck dans sa thèse sur l'abus de droit constitutionnel. Il définit ainsi le droit subjectif comme « une relation, concédée par une norme de droit constitutionnel objectif, de permission d'agir ou de s'abstenir unissant deux sujets de droit constitutionnel » (*L'abus de droit constitutionnel*, préc., p. 103). L'auteur s'appuie ici, notamment, sur la conception des droits de R. Alexy (*A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2002, pp. 111 et s.). Cf. égal. J. Nedelsky, « Reconceiving Rights as Relationship », *Review of Constitutional Studies* (vol. 1), Issue 1, 1993, pp. 1-26. La lecture normativiste conçoit aussi, logiquement, les « prétendus droits subjectifs » comme des relations déontiques. Une relation « entre un individu à l'égard duquel un autre individu est obligé à une certaine conduite, et cet autre individu (...). Il faut remarquer à ce propos que, dans cette relation, *seul est sujet l'individu obligé*, c'est-à-dire l'individu qui peut par sa conduite soit violer l'obligation, soit l'exécuter ; l'individu investi d'un droit, c'est-à-dire celui à l'égard duquel la conduite doit avoir lieu, n'est que l'objet de la conduite qui, en tant que correspondant à la conduite obligatoire, est co-déterminée avec celle-ci » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 173, nous soulignons).

<sup>4</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice*, préc., pp. 91-115 et pp. 341 et s.

<sup>5</sup> J. Habermas, J. Rawls, *Débat sur la justice politique* (trad. R. Rochlitz et C. Audard), Paris, Éd. du Cerf, 1997, p. 18.

« Un droit, après tout, n'est ni un fusil ni un one-man show. C'est une relation et une pratique sociale, et sous l'un ou l'autre de ces aspects essentiels, il s'agit d'une expression de connexité. Les droits sont des propositions publiques, incluant des obligations envers les autres mais aussi des exigences légitimes à faire valoir contre eux. En apparence, du moins, ils sont une forme de coopération sociale, cela ne fait aucun doute, en dernière analyse, ils restent quoi qu'il en soit une forme de coopération »<sup>1</sup>.

**215.** Dès lors, parce que le droit subjectif n'est pas un pouvoir, mais un mode juridique d'interaction sociale, l'abus de droit est moins un détournement de prérogatives qu'une aliénation de la relation juridique constituée par le droit subjectif. L'on retrouve finalement la co-originalité du droit subjectif et du droit objectif au sein du phénomène juridique, en tant que discours structurel de la société dans son ensemble. Les droits subjectifs recouvrent la « force contraignante du droit objectif » et constituent, « sous des aspects chaque fois différents, à la fois des lois coercitives et des lois de la liberté »<sup>2</sup>.

**216.** La modeste clarification théorique entreprise ici laisse à penser que la perspective sociale défendue par la théorie de l'abus de droit repose sur une conception erronée du droit subjectif. La difficile différenciation des strates d'interprétation au cœur du discours juridique en action, qui a pu conduire à la confusion entre celles émises par les autorités habilitées à produire des normes juridiques et les autres acteurs du système, a finalement abouti à l'inflation abusive – entretenue par les discours militants – du concept de droit subjectif<sup>3</sup>. Comme si ce dernier parlait de la « liberté individuelle pour y apercevoir seulement après, comme un élément extrinsèque, certaines limites imposées par l'ordre social »<sup>4</sup>. C'est là, confondre le fait et le droit. En réalité, la perspective sociale portée par le discours juridique dans son ensemble – ou droit objectif – est intégrée dans la signification même du concept de droit subjectif en tant que concept juridique. Cette confusion théorique est explicative de l'utilisation parcimonieuse de la

---

<sup>1</sup> F. Michelman, « Justification and the justifiability of Law in a Contradictory Word », *Nomos*, vol. XVIII, 1986, p. 91.

<sup>2</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., pp. 42-43.

<sup>3</sup> Bien que le constat ne soit pas nouveau. En 1963, P. Roubier remarquait déjà que « s'il est un fait évident pour le juriste contemporain, c'est l'abus qui a été fait du mot : droit. Il semble qu'on ne se rende plus compte exactement de ce qu'il faut entendre sous ce terme ; on confond constamment les droits proprement dits qui sont acceptés par l'ordre juridique, avec de multiples prétentions qu'on désirerait élever au rang de droits. C'est la politique qui est sans doute principalement responsable de cet état de chose, mais le fait inquiétant est que cette tendance à la prolifération des droits douteux a gagné les milieux juridique » (*Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., p. 47).

<sup>4</sup> L. Trigeaud, « Le droit international et régional des droits de l'homme face à l'argument souverainiste : réagencer les mécanismes de protection ? », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 289.

notion de l'abus de droit. L'étude du droit positif a même révélé en quoi cet usage pouvait être objectivement embarrassant en matière de droits fondamentaux.

## § 2. Les confusions théoriques accentuées à propos de la notion de l'abus de droit dans le discours de la fondamentalité

**217.** Les énoncés qui prévoient les droits fondamentaux ont toujours posé la question de leur normativité et, par suite, de leur juridicité. S'apparentant à des déclarations d'intention de nature politique, philosophique ou morale, la communauté d'interprétation du discours juridique a dû construire la manière dont ces énoncés peuvent être saisis par le droit. Évidemment, la question de leur imprécision est centrale, que cette imprécision joue en faveur ou, au contraire, au détriment de la normativité de tels droits<sup>1</sup>, jusqu'à leur neutralisation<sup>2</sup>. Sans doute, ne faudrait-il pas perdre de vue que l'argument juridique de l'imprécision est réversible<sup>3</sup>. Cette imprécision pourrait bien servir la stratégie<sup>4</sup> du discours des droits fondamentaux, ses dimensions normative et cognitive, son influence et l'assentiment qu'il suscite<sup>5</sup>, sa logique, sa pérennité et son universalité.

**218.** Nous le savons<sup>6</sup>, à propos des droits de l'Homme M. Villey évoque une « espèce de littérature juridique »<sup>7</sup>, largement utopique<sup>8</sup>. En réalité, il pourrait être ôté de cette thèse toute

---

<sup>1</sup> Cf. not. C. Fercot, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : étude du droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris, Institut Universitaire de Varenne, 2011. À une autre époque, le 11 juillet 1956, à propos de l'affaire *Amicale des Annamites de Paris*, le commissaire de Gouvernement Larsy réfutait, dans ses conclusions, la possibilité que la liberté d'association soit un PFRLR au regard de son « imprécision totale » (cité par B. Genevois, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », dans *Les règles et principes non écrits en droit public* M. Verpeaux et P. Avril (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 24).

<sup>2</sup> Cf. not. CE, 28 juillet 2004, *Préfet de police c/Nait Saada*, n° 253927 concernant l'effet indirect des dispositions prévues à l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

<sup>3</sup> C. Roulhac, « Propos introductifs », dans *Précision et droits de l'homme* V. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 11.

<sup>4</sup> A. Marmor, « Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech », *Oxford University Press*, 2011, p. 100. Cf. égal. A. Gelblat, « Appréhender l'imprécision des droits : approche stratégique », dans *Précisions et droits de l'Homme*, préc., p. 64.

<sup>5</sup> T. Acar, « Appréhender l'imprécision des droits : approche linguistique », dans *Précisions et droits de l'Homme*, préc., p. 57.

<sup>6</sup> *Supra*. Chapitre 1.

<sup>7</sup> M. Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, pp. 6 et s.

<sup>8</sup> Pour M. Gauchet, « il y a, en effet, une utopie du droit, ou plus précisément une dynamique et une logique utopiques des droits de l'homme – l'utopie d'une juridisation intégrale et sans reste de l'espace social. L'utopie d'une résorption progressive des données du politique dans le droit. Pour aller au terme du mouvement qu'elle dessine, l'utopie que le pouvoir, les conflits, les frontières, les bornes et les contraintes de collectivités

connotation péjorative, si tant est que soit reconnue la dimension normative de cette « littérature », structurellement normative même. Une normativité logique et structurelle plus qu'une normativité de verbe, qui suppose effectivement une certaine utopie de l'agir collectif<sup>1</sup>. Au-delà de la hiérarchie normative, les promesses formulées par le discours des droits de l'homme affectent sensiblement les dispositions à agir des interprètes du discours juridique. De manière partielle, mais non moins intéressante, l'analyse économique du droit a appréhendé ce phénomène d'influence en réduisant les énoncés déclaratifs de droits en des termes décrivant la maximisation des satisfactions humaines<sup>2</sup>. Une observation élémentaire du droit le démontre, et peu importe que la normativité se formule en termes prescriptifs, il ne fait aucun doute que les déclarations de droits fondamentaux commandent aujourd'hui la manière d'être du discours juridique.

**219.** Toutefois, l'imprécision sémantique qui préside à l'univers de la fondamentalité est susceptible de brouiller les frontières du permis et de l'interdit. Le concept juridique de l'abus, contrairement aux apparences, pourrait alors voir sa nécessité croître en matière de droits fondamentaux. Encore faut-il comprendre ce que désigne précisément la terminologie « droit fondamental », aux fins de savoir si elle peut épouser effectivement le concept de l'abus. Loin de toute représentation de droit absolu (A), la signification intelligible de la notion de droit fondamental (B) ouvrira la voie à l'identification pragmatiste du concept de l'abus de droit fondamental.

---

historiquement constituées, les nations, autrement dit, avec leurs États, se dissolvent peu à peu au sein d'une société civile mondiale de purs individus, sans politique ou sans autre politique que la gestion juridique de la coexistence des individualités et des particularités » (« Les tâches de la philosophie politique », *Revue du Mauss*, 2002/1, n° 19, pp. 275-303, § 104).

<sup>1</sup> L'idéalité fait partie intégrante des déclarations de droits de l'homme, ainsi le préambule de la DUDH énonce que « L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations... ».

<sup>2</sup> L. Kornhauser, « The Economic Analysis of Law », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition) [en ligne].

## A. L'inconsistance juridique de l'absoluité des droits fondamentaux

**220.** L'abus de droit fondamental rejette, par son énoncé même, l'idée de droit absolu. Une idée qui fait du reste figure d'épouvantail démonstratif, puisqu'aucun interprète sérieux du discours juridique défend l'absoluité générale des droits fondamentaux. Cela ne veut pas dire que le spectre de l'absoluité ne soit pas intéressant, il peut en être fait usage au sein de discours militants, ou à l'appui d'argumentations juridiques crédibles. Il est vrai que l'infrastructure politique et idéologique du discours des droits fondamentaux autorise, *a minima*, l'agitation de l'étendard des droits absolus, parce qu'inhérents à l'existence humaine, susceptibles ni de dérogation ni de relativisation. La conception universaliste des droits de l'homme favorise d'ailleurs cette absoluité, rejointe ici par les prétentions du concept interdiscursif de dignité<sup>1</sup>. Pour E. Decaux, en effet, le « paradoxe des droits de l'homme est de se situer à un carrefour entre l'absolu et le relatif. La primauté des droits de l'homme est un absolu, mais les droits appartiennent au domaine du relatif »<sup>2</sup>. L'élucidation du paradoxe pourrait être cherchée du côté de la confusion des discours à propos des droits de l'homme. Il y a sans doute une ambition d'absoluité de ces droits au sein de leur structure idéologique, en même temps, du point de vue juridique, l'absoluité est un concept inconsistant.

**221.** L'inconsistance juridique de l'absoluité en matière de droits fondamentaux a une raison simple : de tels droits peuvent entrer en conflit les uns avec les autres. Ils se relativisent donc mutuellement, mais aussi intrinsèquement<sup>3</sup>. D'ailleurs, la multiplication des déclarations de droits de l'homme, en sus de ceux « découverts » concrètement par les interprètes authentiques, provoque logiquement un accroissement des conflits de normes. Les facultés normatives induites de ces énoncés imprécis sont amenées à se confronter régulièrement dans des situations particulières. Le contentieux des droits fondamentaux est accablé de conflits qui opposent, entre autres, la liberté d'expression à la vie privée, la liberté personnelle au droit à la santé, la liberté d'entreprendre à différents droits sociaux<sup>4</sup>, lesquels cèderont d'ailleurs

---

<sup>1</sup> Alinéa 1 du préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

<sup>2</sup> E. Decaux « Dignité et Universalité », dans *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, S.M. Helmons (dir.), Louvain-la-Neuve, Academia, 1999, p. 168.

<sup>3</sup> S'agissant d'usages conflictuels d'un même droit fondamental, par exemple en matière de vie privée : Cour EDH [GC], 10 avril 2007, *Evans c/Royaume-Uni*, n° 6339/05, spéc. § 73.

<sup>4</sup> L. Fontaine, A. Supiot, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, 2017, n° 9, pp. 754-763.

régulièrement devant les autres libertés, tant ils ne semblent avoir aujourd'hui encore, à tout le moins en France, qu'une portée normative programmatique<sup>1</sup>. En caricaturant quelque peu la vision certes pathologique du droit<sup>2</sup>, les droits fondamentaux apparaissent moins comme des absolus que comme des consensus. De surcroît, le contentieux est accru par la tendance des interprètes du discours juridique à poser les problèmes de droit sous forme d'atteinte aux droits fondamentaux. Outre d'évidents enjeux argumentatifs, cette fondamentalisation du contentieux permet d'élargir l'invocabilité des sources normatives, et de leurs interprétations privilégiées. Simplement, la liberté des juges est accrue par la fondamentalisation du droit. En même temps, ces derniers sont tentés d'accentuer le phénomène et, par conséquent, de relativiser le concept de droits fondamentaux.

222. Pour leurs interprètes authentiques, il ne fait pas de doute que les droits fondamentaux sont par définition limités. La Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que ces limites sont opposables « même aux droits fondamentaux garantis sans réserve »<sup>3</sup>. Selon, le Tribunal constitutionnel espagnol, il « n'existe pas de droits illimités, tout droit a ses limites »<sup>4</sup>. La Cour EDH prévoit également la possibilité, « en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises »<sup>5</sup>. Selon le Conseil d'État, la consécration du droit de grève au sein d'une source constitutionnelle ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre droit, *afin d'en éviter un usage abusif*<sup>6</sup>. Quand bien même il s'agirait de droits *a priori* « discrétionnaires », ce caractère « est limité par un éventuel abus de droit »<sup>7</sup>. Si la théorie de l'abus intervient ici comme faculté ultime de limitation d'un droit<sup>8</sup>, cette limitation peut aussi être structurelle, puisque l'ontologie commune au droit subjectif et au droit objectif intègre, comme le souligne la Cour constitutionnelle italienne, le concept de limite au sein

---

<sup>1</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme... », préc., p. 221.

<sup>2</sup> Cf. not. X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, 167 p.

<sup>3</sup> Cour const. féd., 19 oct. 1971 cité par A. Legrand, « La croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande », *Mélanges Patrice Gélard*, éd. Montchrestien, 1999, p. 292.

<sup>4</sup> Trib. const., 29 janvier 1982, cité par L. Burgorgue-Larsen, « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », dans *Le droit au juge dans l'Union européenne* J. Rideau (dir.), LGDJ, 1998, p. 90.

<sup>5</sup> Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, n° 4451/70.

<sup>6</sup> CE, 7 juil. 1950, *Dehaene*, D. 1950. 538, note Gervais ; *RDP*. 1950. 691, concl. Gazier, note Waline ; Cf. égal. Cass. Soc., 27 jan. 1956, *Blanc c/SNCF*, D. 1956, p. 481, note Gervais.

<sup>7</sup> S'agissant du droit, pour le maître de l'ouvrage, « de refuser d'accepter un sous-traitant » (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 fév. 2005, n°s 03-15.409, 03-15.482, 03-15.409, *Bull. civ.* III, n° 24).

<sup>8</sup> Selon S. Moracchini-Zeidenberg, lorsque « la loi n'a pas prévu les limites nécessaires à un droit qu'elle octroie (...) ou qu'elle n'a pas prévu précisément et uniquement l'abus, celui-ci constitue le dernier rempart que peut opposer le juge » (*L'abus dans les relations de droit privé*, p. 235 cité par L. Eck, préc., p. 315).



même du concept de droit<sup>1</sup>. La relativité des droits fondamentaux devient un élément intrinsèque à leur signification.

**223.** La lecture discursive du phénomène juridique renverse effectivement la perspective à propos de l'absoluité des droits fondamentaux. Une telle absoluité n'implique pas le caractère illimité de prérogatives individuelles, mais au contraire l'exigence impérative pour le discours juridique à protéger certaines valeurs ou intérêts. À la lecture des droits indérogeables de la Convention EDH<sup>2</sup>, il peut être aisément constaté que les dispositions visées ne relèvent pas de facultés individuelles proprement dites, mais d'exigences éthiques et sociales indépassables : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, le principe de légalité des délits et des peines, l'interdiction de la peine de mort et le principe *non bis in idem*. Ce sont là des enjeux objectifs auxquels il ne peut être dérogé, car ils constituent les raisons d'être du discours de la fundamentalité dans son ensemble. Il ne peut être abusé de ces exigences objectives<sup>3</sup> qui, n'étant pas à la disposition des destinataires des normes juridiques<sup>4</sup>, ne présentent *a priori* de « pouvoir causal liberticide »<sup>5</sup>.

**224.** Nombreux sont les droits fondamentaux à avoir des fonctions sociales explicites et déterminées, quand ils ne sont pas eux-mêmes constitutifs d'institutions (syndicats, associations, etc.). Ainsi, selon la Cour de justice de l'Union européenne, « si une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les États membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, *loin d'apparaître comme des prérogatives*

---

<sup>1</sup> J. C. Escarras, « La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève. Étude de jurisprudence », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Beguet*, éd. Univ. Toulon-Var, 1985, p. 354.

<sup>2</sup> Art. 15. 2. de la Convention EDH : « La disposition précédente [dérogation aux obligations de la Convention en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation] n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 ». Égal. Protocole n° 7 et n° 13 à la Convention.

<sup>3</sup> L'article 17, « qui a une portée négative, ne saurait être interprété a contrario comme privant une personne physique des droits individuels fondamentaux garantis aux articles 5 et 6 de la Convention » (Cour EDH, 1 juil. 1961, *Lawless c/Irlande* (n° 3), préc., § 7 ; 5 mars 2013, *Varela Geis c/Espagne*, n° 61005/09, § 40).

<sup>4</sup> La situation du droit à la vie est plus complexe, *infra*. § 571.

<sup>5</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile? », préc., pp. 139 et s.

*absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés* »<sup>1</sup>. Cette référence à la fonction sociale rappelle évidemment la lecture fonctionnaliste et utilitariste, mais également l'action conceptuelle de l'abus de droit, intégrée directement ici au stade de la signification du droit fondamental. Ce qui est particulièrement clair en matière de droit à la protection des données personnelles, qui « doit être *considéré* par rapport à sa fonction dans la société »<sup>2</sup>. Ces fonctions sociales objectives sont également assurées par les « droits de solidarité », tels que le droit à l'éducation ou à la santé<sup>3</sup>, mais aussi la liberté d'entreprendre, les droits sociaux évidemment, ou encore la liberté d'expression comme le rappelle régulièrement les interprètes authentiques<sup>4</sup>. Pour les mêmes raisons, il est des droits auxquels on ne peut renoncer<sup>5</sup>. Les propriétés objectives et subjectives des droits fondamentaux peuvent être pensées ensemble d'après une lecture discursive, bien, qu'en dernière analyse, c'est la question de leur signification particulière qui se pose dans une perspective normative. En droit, à la fin, la signification est concrète.

### *B. La signification concrète d'un droit fondamental*

**225.** À première vue, les droits fondamentaux paraissent largement indéterminés. Une simple lecture des textes permet de le constater, ils sont « imprécis, contradictoires, à la fois lacunaires et surabondants »<sup>6</sup>. L'enjeu de signification mérite toutefois de distinguer imprécision et indétermination, comme une ligne de partage entre le textuel et le sémantique. De manière simplifiée, l'imprécision des droits fondamentaux est une imprécision de leurs énoncés juridiques<sup>7</sup>, tandis que l'indétermination renvoie à l'enjeu de la concrétisation de tels droits, c'est-à-dire à leur application particulière. Dans les deux cas, et à différents niveaux, la question posée est celle de la signification d'un droit fondamental. L'ambiguïté signifiante des

---

<sup>1</sup> CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4-73, § 14, nous soulignons. De même, « les droits consacrés aux articles 7, 8 et 11 de la Charte n'apparaissent pas comme étant des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société » (CJUE, 6 oct. 2020, *Privacy International*, aff. C-623/17, § 63).

<sup>2</sup> Règlement (UE) général sur la protection des données 2016/679 du 27 avril 2016, cons. 4, nous soulignons.

<sup>3</sup> J. Raz, « Human Rights in the Emerging World Order », *Transnational Law Review*, 2010, préc.

<sup>4</sup> *Supra*, §§ 159 et s.

<sup>5</sup> La Cour EDH considère effectivement que « la nature de certains droits garantis par la Convention exclut un abandon de la faculté de les exercer » (10 fév. 1983, *Albert et Lecompte c/Belgique*, préc., § 35). L'ambiguïté quant au caractère indisponible de la fundamentalité est aussi héritée de son infrastructure, et de certaines conceptions philosophiques de la liberté qui en font une faculté indissociable de la nature humaine. Pour J.J. Rousseau notamment, « renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs » (*Le contrat social*, dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 25).

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 66.

<sup>7</sup> T. Acar, « Appréhender l'imprécision des droits : approche linguistique », préc., p. 43.

droits fondamentaux naît au départ d'énoncés imprécis<sup>1</sup>, au caractère peu prescriptif, puis s'aggrave ensuite par le champ d'application extensif de telles normes. En réalité, l'ambiguïté spécifique de la fundamentalité est moins lexicale et syntaxique que structurelle et conceptuelle. Les énoncés de droits sont clairs et aisément compréhensibles en contexte, mais les concepts qu'ils mobilisent et les rapports entre ces concepts sont autrement plus complexes<sup>2</sup>. Qu'ils s'agissent des concepts de liberté, de dignité, de morale, de religion, de sécurité, ce sont là, plus que des concepts vagues<sup>3</sup>, des concepts contestés<sup>4</sup>.

**226.** En d'autres termes, si l'indétermination des droits fondamentaux ne se réduit pas à l'imprécision de leurs énoncés, c'est que d'autres facteurs interviennent dans la construction de ce discours, qui rendent la conduite humaine, visée par un droit fondamental, comme finalement peu déterminée par ce dernier.

Même dans le cadre strict du contentieux, « les droits ne déterminent jamais, à eux seuls, l'issue normative qu'il convient de donner (...), tantôt parce qu'il existe des mesures dérogatoires, tantôt parce que leur mise en œuvre appelle la prise en compte de principes concurrents, qu'il s'agisse des droits d'autrui ou de considérations d'intérêt général (ordre public, sécurité nationale, nécessité dans une société démocratique, etc.) »<sup>5</sup>.

On pourrait croire, dès lors, que la fundamentalité suppose pour le juriste une appréhension renouvelée de la normativité<sup>6</sup>. Une finalité normative particulière, mais non nécessairement

---

<sup>1</sup> Si l'écrasante majorité des énoncés de droits fondamentaux sont imprécis, il ne s'agit pas d'une réalité indépassable. La Constitution portugaise fait ainsi figure de modèle du point de vue de la précision et de la clarté de ses énoncés, tant pour ce qui est de la formulation des droits eux-mêmes que s'agissant de leur régime juridique (cf. art. 16, 17, 18, 19, 20, 26, 27, 32, 38, 55, 56, 57, 59, 64, 66, 74).

<sup>2</sup> « For the concepts which are of central concern to political theory (such concepts as justice, rights, freedom, and law) do not seem to be structured by firm semantic rules, implicit in ordinary usage, of sufficiently determinate and detailed a nature to provide us with good grounds for interesting analytical conclusions that are independent of wider evaluative issues » (N.E. Simmonds, « The Analytical Foundations of Justice », *Cambridge Law Journal*, 1995, n° 54, p. 308).

<sup>3</sup> T. Acar, « Appréhender l'imprécision des droits... », préc., p. 48.

<sup>4</sup> « Les concepts contestés sont des concepts indéterminés à la fois quantitativement et qualitativement. Ils souffrent des problèmes de frontière propres aux concepts vagues, mais en outre, la classe d'objets qu'ils désignent n'est pas clairement identifiable, notamment parce que les critères d'identification requis par le concept sont controversés, à l'image des concepts évaluatifs en général et des concepts politiques en particulier » (T. Acar, préc., p. 49. L'auteur s'appuie ici sur la typologie de W.B. Gallie, « Les concepts essentiellement contestés » (1956), *Philosophie*, 2014, n° 112, pp. 9-33).

<sup>5</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme : contre le droits-de-l'hommisme intégral », préc., p. 4.

<sup>6</sup> V. Champeil-Desplats voit en la fundamentalité, « un espace de rencontre, de circulation, de passage, et *in fine*, de transformation entre plusieurs modes de normativité » (« Droit, pluralité des modes de normativité et

spécifique, qui exige justement un certain degré d'indétermination. Une telle indétermination n'est pas seulement sémantique ou stratégique – au service notamment de l'interdiscursivité de la fondamentalité, mais résulte avant toute chose d'un vague ontologique, c'est-à-dire du caractère irréductiblement vague de la réalité elle-même<sup>1</sup>. De ce point de vue, éliminer le vague de la fondamentalité est *une illusion*<sup>2</sup>.

227. Le concept juridique de *principe* a pu être envisagé par nombre d'interprètes afin d'appréhender la spécificité normative des droits fondamentaux. La doctrine, mais aussi les sources textuelles<sup>3</sup> et les interprètes authentiques, dont le juge<sup>4</sup> qui a souvent mobilisé la catégorie atypique de *principe* pour réduire la portée normative de certains droits, voire les disqualifier. Selon le Conseil constitutionnel<sup>5</sup>, à côté des « droits directement invocables devant les juridictions », la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient des « principes qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre ». Au nombre de ces principes figurent notamment

---

internormativité. Regard juridique », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 16/2019 ; égal. « Droits et/ou normes. Les droits et libertés par-delà les énoncés : significations et structures normatives », *RDLF*, 2019, n° 24).

<sup>1</sup> La lecture pragmatiste du droit prend au sérieux le caractère irréductiblement vague de ce phénomène. L'indétermination incompressible des normes juridiques, les droits fondamentaux en particulier, résulte, du point de vue d'une ontologie sémiotique (*supra*. §§ 18 et s.), de leur caractère vague ou général, conformément au caractère vague de leur objet : la réalité sociale à régir. Comme tout signe, et en considération de son sens plus que de sa nature, un droit fondamental « qui est sous quelque rapport objectivement indéterminé (...) est objectivement *général* dans la mesure où il étend à l'interprète le privilège de porter plus loin sa détermination (...). Un signe qui est objectivement indéterminé sous quelque rapport est objectivement *vague* dans la mesure où il autorise que soit faite une détermination ultérieure en un autre signe concevable (...); et donc, dans la mesure où un signe est indéterminé, il est vague, à moins qu'on ne le rende expressément, ou par une convention explicite, général » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol 5, § 447, cité par C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc, p. 47).

<sup>2</sup> L'indétermination spécifique des droits fondamentaux est aussi à chercher du côté de l'infrastructure de ce discours, et des croyances sur le monde, pour beaucoup réputées instinctives, qu'il véhicule. Car, « l'irréductibilité du vague provient aussi de *l'indétermination réelle* qui s'attache par principe à nos croyances et à nos habitudes : en ce cas, il est inéliminable parce qu'enraciné dans les croyances que nous entretenons sur le monde, croyances de sens commun pour la plupart instinctives et, pour cette raison, indubitables. Éliminer le général ou la série indéfinie des interprétants, c'est donc s'imaginer que l'on peut réduire le sens ou l'intelligence qui sont dans la pensée comme dans les choses : il s'agit, ici encore, d'une *illusion* » (*ibid.*, p. 48, nous soulignons).

<sup>3</sup> D'après l'article 52 § 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui concerne la portée et l'interprétation des droits et des principes qui y figurent : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. *Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* » (nous soulignons). Sur cette question, cf. not. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...*, préc. ; L. He, *Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Paris I, 2017, pp. 97 et s.

<sup>4</sup> CJUE, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale c/Union locale des syndicats*, aff. C-176/12.

<sup>5</sup> CC, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n° 2004-505 DC, § 15.

« le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux », le « droit de travailler », le « droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle » ou encore « le principe du développement durable ». Pour ce dernier, le Conseil constitutionnel considère effectivement qu'il ne s'agit pas d'un droit bien que l'article 6 de la Charte de l'environnement ait valeur constitutionnelle comme toutes ses dispositions<sup>1</sup>. Il ne faudrait pourtant pas croire que la terminologie juridique en la matière soit déterminante. Ainsi, « le Préambule de la Constitution de 1946 réaffirme que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle »<sup>2</sup>. Le principe en droit est donc un concept doté d'une faculté normative aléatoire, et finalement instrumentale. Non sans une certaine simplification, l'on pourrait dire que le principe a vocation à reprendre l'axiologie normative du droit fondamental sans la rigueur objective de la règle, et les représentations que celle-ci implique en droit<sup>3</sup>. Le principe incline subtilement plutôt que de contraindre brutalement, il est un objectif, un standard<sup>4</sup>, un mandat d'optimisation [*Optimierungsgebot*]<sup>5</sup>. Bien que son utilité ait été contestée<sup>6</sup>, le principe tend à résoudre les conflits axiologiques fondamentaux par une approche pragmatique de pondération. Il internalise la tension entre les différents intérêts et visions compréhensives du monde au service d'une unité du droit<sup>7</sup>. En ce sens, il sert le déploiement des droits fondamentaux et, plus largement, la juridicisation du discours des droits de l'homme en tant que philosophie politique<sup>8</sup>. Au surplus, l'indétermination explicite du concept de principe favorise l'interaction stratégique entre les interprètes du discours juridique. Ainsi, l'abstraction sémantique ou conceptuelle de certains droits, sinon la frilosité politique ou dogmatique de leur

---

<sup>1</sup> CC, 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC.

<sup>2</sup> CC, 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, § 6.

<sup>3</sup> Les principes, « même ceux qui ressemblent le plus à des règles, n'énoncent pas les conséquences juridiques qui découleraient automatiquement de la réalisation des conditions prévues » (R. Dworkin, « Le positivisme », *Droit et société*, 1985, n° 1, p. 38).

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 36.

<sup>5</sup> R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, préc., p. 47: « principles are norms which require that something be realized to greatest extent possible given the legal and factual possibilities »; égal. « Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad », *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero/abril 2011, n° 91, p. 12.

<sup>6</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie... », dans *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 82.

<sup>7</sup> R. Dworkin, « La Chaîne du droit », préc., pp. 57 et s. : « La théorie du droit comme unité demande aux juges de supposer, dans toute la mesure du possible, que le droit est structuré par un ensemble de principes cohérents concernant la justice, l'équité et la procédure, et d'appliquer ceux-ci dans les cas nouveaux dont ils sont saisis, de sorte que la situation de chaque personne puisse être jugée avec équité et justice d'après les mêmes standards ».

<sup>8</sup> E. Millard, « Précision et effectivité des droits de l'Homme », dans *Précisions et droits de l'Homme*, préc., p. 83.

systematisation, ont pu être contrebalancées par l'inventivité des interprètes authentiques, appuyée notamment sur la rhétorique de l'interdépendance des droits. Cette motivation juridique largement usitée, que ce soit pour les droits sociaux, environnementaux<sup>1</sup> ou autres, met en exergue les logiques finaliste et fonctionnelle du discours de la fundamentalité, adaptées au *pouvoir des principes*<sup>2</sup>. Pour les droits sociaux en particulier, il s'agit d'assurer un « minimum existentiel », « nécessaire à la survie » des individus<sup>3</sup>. Ils renvoient, pour R. Alexy, au « droit à un minimum vital, à un logement simple, à l'éducation scolaire, à la formation professionnelle et à un niveau standard minimum d'assistance médicale »<sup>4</sup>. Le principe est un concept constitutif de plus du discours de la fundamentalité, sans pour autant lui être exclusif. Au gré des idées d'œuvre du discours, l'indétermination des droits fondamentaux est non seulement inéluctable, mais elle présente aussi une certaine utilité aux fins d'accomplir les buts parfois difficilement conciliables de la fundamentalité dans une perspective de normativité concrète.

**228.** C'est ainsi que l'indétermination des droits fondamentaux convoque l'enjeu de leur effectivité, une notion elle-même assez obscure au sein du discours juridique. Un langage théorique rigoureux<sup>5</sup> spécifierait au préalable la notion d'effectivité, notamment au regard de celle de validité ou d'efficacité. Si la dernière porte un regard sociologique évident, la notion d'effectivité s'intéresserait à la concrétisation de la norme tandis que la validité aurait trait à son existence. Telles sont les conceptions *a priori* d'une partie significative de la doctrine, bien qu'une lecture pragmatiste du phénomène de la fundamentalité, tournée vers le sens du signe, puisse questionner le rapport entre existence et effectivité, de sorte qu'une norme non concrétisée ne peut avoir de signification en droit, et donc d'existence réelle en tant que norme juridique. En matière de droits de l'homme, le rapport entre existence et effectivité fit déjà l'objet de reconfigurations théoriques, de sorte que, pour Éric Millard, « la notion d'effectivité [...] joue un rôle dans le statut de la proposition affirmant qu'il existe des droits de l'homme [...] ». À défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas des droits mais de simples

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Lopez Ostra c/Espagne*, préc.

<sup>2</sup> E. Kant, *Critique de la raison pure*, Bibliothèque de la Pléiade, t. I, p. 1017.

<sup>3</sup> R. Lobo Torres, « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, 1989, pp. 29-49 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 73.

<sup>4</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 483 cité par *ibid.*

<sup>5</sup> V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », dans *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme* V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pp. 11 et s.

prétentions »<sup>1</sup>. La problématique de l'effectivité oriente donc l'observation du phénomène juridique sur des considérations *de fait*. De sorte que, d'un point de vue pragmatiste, la signification d'un droit fondamental est à chercher du côté de l'*usage*.

**229.** Par suite logique, c'est la concrétisation qui devient l'enjeu théorique principal de la fundamentalité. Un processus qui laisse à l'interprète authentique une large marge d'appréciation et qui pose l'incessante question de la séparation des pouvoirs. Certes, « l'office du juriste [en général] peut s'appeler interprétation »<sup>2</sup> et comme tout interprète, le juge crée<sup>3</sup>. Toutefois, à l'ère des sociétés pluralistes et sous l'empire de l'internationalisation des droits de l'homme, le contexte institutionnel et social d'interprétation de l'énoncé fondamental imprécis devient lui-même indéterminé. La liberté de l'interprète authentique en sera d'autant plus grande. Il est alors une certaine tentation à conclure que les sources formelles des droits fondamentaux ne sont « que des mots dont la signification et les valeurs qu'ils véhiculent dépendent de l'interprétation de ceux qui les mobilisent, et donc de conceptions idéologiques, philosophiques ou éthico-morales préalables »<sup>4</sup>.

« Pour le dire schématiquement, l'adhésion à une axiologie libérale ou un attachement à la littéralité des formulations déontiques avec lesquelles sont énoncés les droits et libertés conduira à réserver les propriétés normatives les plus contraignantes aux libertés individuelles et aux droits civiques et politiques. À l'inverse, l'engagement dans une axiologie plus sensible à la justice sociale, au pluralisme des groupes culturels ou à l'écologie portera à indifférencier les qualités et les structures normatives des divers énoncés de droits et libertés, à les lire en considération des fonctions normatives, sociales, culturelles ou économiques qu'on souhaite leur voir remplir »<sup>5</sup>.

**230.** Le caractère ambivalent<sup>6</sup> de l'interprétation du point de vue de l'effectivité des droits fondamentaux est perceptible, entre autres, dans l'appréciation de l'effet direct des

---

<sup>1</sup> É. Millard, « Effectivité des droits de l'homme », dans *Dictionnaire des droits de l'homme* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials, F. Sudre (dir.), Paris, PUF, 2008.

<sup>2</sup> M. Villey, « Préface », dans *L'interprétation dans le droit. Archives de philosophie du droit*, préc., p. 3.

<sup>3</sup> J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », dans *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 67.

<sup>4</sup> V. Champeil-Desplats, « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », dans *Libertés économiques et droits de l'homme* V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 26.

<sup>5</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 258.

<sup>6</sup> J. Chevallier, « Les interprètes du droit », dans *La doctrine juridique*, PUF, 1993, pp. 259-282.

dispositions des déclarations de droits, laquelle s'opère généralement de manière casuistique, comme en témoignent les critères dégagés par le Conseil d'État<sup>1</sup> ou la Cour de cassation<sup>2</sup>. Les critères fournissent les motivations juridiques, mais ne rendent pas compte de leur propre raison. La reconnaissance évidente de la liberté d'appréciation du juge, et par là de son pouvoir politique et social, a orienté les réflexions doctrinales sur la nécessité démocratique d'une motivation juridictionnelle précise, afin notamment de pouvoir développer une lecture critique des décisions<sup>3</sup>. La lecture critique de l'argumentation du juge par la communauté d'interprétation ouvre un espace public de raisons au sein du phénomène juridique ; les représentants de la nation sont susceptibles d'y intervenir directement<sup>4</sup>. D'ailleurs, « historiquement, la condamnation de la part du juge d'un exercice abusif d'un droit subjectif a souvent précédé des modifications législatives destinées à adapter les normes au changement de sensibilité »<sup>5</sup>.

**231.** Le phénomène de concrétisation dépend à l'évidence, aussi, de l'orientation normative impliquée par l'énoncé du droit fondamental. Ainsi, certains droits formulent des obligations d'abstention, d'autres de protection et enfin certains prévoient la charge de prestations. Les auteurs allemands en particulier<sup>6</sup> ont opéré des classifications de droits et libertés en fonction de ces différentes modalités déontiques. Cependant, la dynamique concrète du discours de la fundamentalité suppose que celles-ci sont en réalité mêlées. La jurisprudence des organes internationaux de protection des droits de l'homme en est une illustration convaincante<sup>7</sup>. De surcroît, l'accomplissement normatif des droits fondamentaux dépend des structures institutionnelles de contrainte et de prestation sociale<sup>8</sup>. Il y a, avant même

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326.

<sup>2</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 sept. 2005, bull. II, n° 224, p. 199.

<sup>3</sup> Cf. not. R. Guibourg, « Le néo-constitutionnalisme et les droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 10/2016.

<sup>4</sup> Exemple de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dont les dispositions sont venues contrer les conséquences de la jurisprudence « Perruche » de la Cour de cassation.

<sup>5</sup> M. Rotondi, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD civ.*, 1980, p. 66.

<sup>6</sup> G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), Freiburg, Mohr, 2e éd., 1905 ; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, suhrkamp taschenbuch wissenschaft 582, Taschenbuch, 1986, 548 p.

<sup>7</sup> Cf. not. H. Raspail, « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales : l'efficacité des techniques du droit international des droits de l'homme en question », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., pp. 124 et s.

<sup>8</sup> Comme le résume N. Bobbio, « pour la réalisation des droits de l'homme, certaines conditions objectives sont nécessaires ; celles-ci ne dépendent ni de la bonne volonté de ceux qui les ont proclamés, ni des bonnes dispositions de ceux qui détiennent les moyens pour les protéger. (...) Le problème de sa mise en œuvre n'est un problème ni philosophique, ni moral. Mais ce n'est pas non plus un problème juridique. C'est un problème dont la solution dépend d'un certain développement de la société et, en tant que tel, il défie la constitution la plus progressiste et



l'effectivité, la faisabilité des droits [*feasibility*]<sup>1</sup>. La concrétisation de la fundamentalité est un enjeu de pouvoir, encore essentiellement étatique, qui ne peut se départir de cette « irréductible souveraineté »<sup>2</sup>. L'État mobilise d'ailleurs les droits fondamentaux pour légitimer ses propres politiques publiques. Il a même trouvé dans le discours de la fundamentalité le moyen d'un plus grand interventionnisme. Il faut voir, récemment, comment les mesures de confinement destinées à lutter contre la propagation du virus Covid-19, à l'évidence extrêmement liberticides, furent en grande partie justifiées par la protection du droit à la vie et du droit à la santé. Sur le plan juridique, cet épisode marque inévitablement une authentique hiérarchie entre les droits fondamentaux et l'intégration d'une priorisation de leur portée collective. L'articulation entre les droits, et leur signification selon une dynamique d'intégration réciproque, résultera encore de la logique juridique de proportionnalité afin d'éviter toute « valeur tyrannique » du droit à la santé<sup>3</sup>. En tant qu'objectivité juridique et sociale, la fundamentalité n'a ni pour objet ni pour vocation de remettre en cause le phénomène de domination en tant que tel.

**232.** À ces différents égards, la remise en cause du concept de l'abus de droit, en particulier fondamental, est tout à fait pertinente. Les droits fondamentaux sont liés par le discours juridique dans son ensemble. Là encore, la perspective institutionnelle n'est pas bien éloignée de la lecture formelle, qui voit dans les droits fondamentaux des permissions d'agir déterminées<sup>4</sup>. L'appareil institutionnel fixe sur le discours un horizon de significations, déterminé de manière dynamique et permanente par le juge<sup>5</sup>. Les droits apparaissent encore comme des fonctions de liberté s'accomplissant *ab initio* dans le cadre déterminé d'un ordre juridique, par le biais d'un discours formel et institutionnel. Autrement dit, le droit ne se retourne pas contre lui-même. En même temps, les droits fondamentaux à la disposition des

---

déstabilise le plus parfait mécanisme de garantie juridique » (*L'età dei diritti*, Einaudi, Turin, 1997, p. 42 cité par V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », préc., p. 34).

<sup>1</sup> P. Gilibert, « Humanist and Political Perspectives on Human Rights », préc., p. 458.

<sup>2</sup> A. Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, préc.

<sup>3</sup> Corte costituzionale, 9 avril 2013, n° 85/2013 ; C. Amodio et I. Boucobza, « Quand le Président du Conseil limite les libertés au nom du droit à la santé publique... Imbroglio sur la constitutionnalité de l'état d'urgence sanitaire en Italie », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], juil. 2020. Le caractère objectif et contraignant du droit à la santé a déjà été mis en avant par les juridictions françaises, notamment en ce qui concerne les vaccinations obligatoires (alors que les requérants invoquaient eux-mêmes le droit à la santé contre cette obligation : CC, 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC ; CE, 26 nov. 2001, n° 222741) ou la lutte contre le tabagisme (CC, 8 janv. 1991, n° 90-283 DC).

<sup>4</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie... », dans *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 79.

<sup>5</sup> BVerfG, 15 janv. 1958, *Lüth*, préc.

individus visent à prémunir les abus de la puissance étatique, mais aussi les violences commises par les particuliers. En ce sens, l'apport essentiel des conventions internationales et régionales de protection des droits de l'homme consiste à porter ce discours sceptique à l'égard du pouvoir de contrainte, étatique notamment, dans un cadre qui le dépasse. Selon une logique semblable, R. Alexy a mis en lumière, dans sa conception des droits fondamentaux, la méfiance que ceux-ci formulent à l'égard du processus démocratique<sup>1</sup>.

**233.** Si le droit ne se retourne pas contre lui-même, et que la notion d'abus de droit est bien réelle, alors le concept de l'abus intervient dans le processus de signification du droit, ravivant ainsi les enjeux de concrétisation. De ce point de vue, l'abus de droit est *une erreur de signification du droit*. Le concept intervient à ce degré de complexité où le bénéficiaire peut de bonne foi ou de mauvaise foi, croire avoir droit au droit, mais en se trompant dans sa signification sociale, intersubjective ou objective (c'est-à-dire symbolique), s'en trouvant, dès lors, dépossédé. Cette signification dépend du contexte social d'énonciation comme du contexte propre à la relation intersubjective (relation de travail, de dépendance, d'autorité...). Le juge définit donc continuellement, selon une fonction discursive normative et de connaissance, la signification du droit revendiqué. Il peut alors de manière pédagogique expliquer en quoi la signification attribuée à un droit, et induite de son utilisation, est erronée, et pourquoi cette forme d'utilisation est à proscrire. La difficulté est que cette signification fixée par l'interprète authentique opère parfois contre ses propres mots, comme si une conception métaphysique des droits, héritée de l'infrastructure de la fondamentalité, pouvait s'épanouir en dehors de toute forme d'institutionnalisation sociale.

« It is a fallacy to regard fundamental rights as a gift from the State to its citizens. Individuals possess basic human rights independently of any constitution by reason of the basic fact that they are members of the human race. These fundamental rights are important as they possess intrinsic value »<sup>2</sup>.

La perspective axiologique est ainsi réutilisée au sein du processus de concrétisation du discours de la fondamentalité. Les interprètes authentiques disent le droit qu'ils prétendent ne pas éclore

---

<sup>1</sup> R. Alexy, « Discourse Theory and Fundamental Rights », dans *Arguing Fundamental Rights* Menéndez A., Eriksen E. (eds), Law and Philosophy Library (vol. 77), 2006, pp. 15 et s.

<sup>2</sup> Supreme Court of India, 19 oct. 2006, *M. Nagaraj & Others vs Union Of India & Others*, cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 258.

de leur action. Or, ces considérations à propos de la liberté d'interprétation du juge, et plus généralement du rôle du système institutionnel d'application du discours, induiraient la thèse selon laquelle la concrétisation des droits fondamentaux est un phénomène non strictement juridique et notoirement instable.

« À chaque fois, les droits de l'homme expriment des conflits entre revendications contradictoires dans une forme singulière, sans néanmoins les résoudre *a priori*. La solution ne se trouve donc jamais comprise dans les droits eux-mêmes. Il n'y a pas d'issue technique à ces conflits qui ne fasse intervenir une médiation entre différents ordres de valeur, et cette médiation se fait nécessairement en fonction de déterminations qui sont, au moins en partie, extérieures au droit lui-même, qu'il s'agisse des intuitions personnelles du juge, de l'opinion publique, ou de présupposés culturels et politiques sur la "vie bonne" ou une "société juste". Or, ces déterminations sont notoirement instables »<sup>1</sup>.

**234.** Cette conception nous semble prendre insuffisamment en compte le système de signes mobilisé par le discours de la fondamentalité lui-même, qui trace les voies sémantiques à suivre et encadre d'autant la liberté d'interprétation du juge.

« Les droits délimitent le type d'arguments qui peuvent être avancés, requièrent des justifications d'un certain ordre, excluent certains motifs d'action et appellent à "prendre au sérieux" certains principes<sup>2</sup>. À défaut d'être singulièrement déterminants, ils sont donc structurants. Il demeure que la mise en œuvre concrète des droits de l'homme – ce que l'on pourrait nommer la casuistique des droits – ne dépend pas de chaînons logiques rationnels et objectifs compris dans les droits eux-mêmes mais de principes enfouis sous le voile du discours juridique qui mènent toujours, en bout de ligne, à certaines idées fondamentales sur les moyens et les fins de l'association politique »<sup>3</sup>.

Il s'agit de ne pas céder le pas au tout relativisme, dès lors que, sans doute, « l'interprétation combine la contrainte et la liberté »<sup>4</sup>. Le processus de concrétisation juridique des droits fondamentaux aura affaire aux contraintes discursives à la fois classiques et spécifiques à sa

---

<sup>1</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme : contre le droits-de-l'hommisme intégral », préc., p. 4. Par suite logique, selon C.-A. Morand, « l'impossibilité d'opérer des choix rationnels entre des valeurs incomparables signifie aussi que l'administration et le juge prennent dans chaque cas concret des décisions politiques » (« Régulation, complexité et pluralisme juridiques », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 624).

<sup>2</sup> Référence à R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995.

<sup>3</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme... », préc., p. 5.

<sup>4</sup> M. Van De Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, pp. 165 et s.

disposition normative, socialement structurante. En l'occurrence, l'interprète authentique devra se soumettre à la *logique* discursive globale, se fixer dans un système auto référentiel, respecter les représentations sociales véhiculées par son infrastructure dont il est lui-même empreint par précompréhension, tenir compte des autres interprètes du discours de la fundamentalité, notamment les interprètes privilégiés et leurs directives d'interprétation, mais aussi les aspirations formulées par les destinataires concrets selon le mode de revendication. En somme, l'interprète authentique est lié par la *grammaire*<sup>1</sup> et par le *code*<sup>2</sup> du discours, tant au niveau sémantique que pragmatique. Il est clair que les *conventions* inhérentes à l'ordre discursif juridique orientent la signification des énoncés du droit. Le discours juridique véhicule son propre système de connaissance, avec des méthodes et des concepts particuliers constamment en train de s'éprouver. Il prévoit des modes d'inférence spécifiques et contraignants, diffusant une culture et un mode de pensée sur la *manière de faire sens*. Au fond, le droit en tant que globalité discursive, c'est-à-dire ordre normatif et ordre dogmatique, se légitime lui-même à ne pas tout donner au contextuel, au risque, sinon, de ne plus rien signifier du tout. Une identité *logique* qui légitime le droit, et que certains ont réduit indûment à sa procédure<sup>3</sup>. Du reste, la cohérence du droit, son identité propre, suscite aussi la croyance et l'assentiment à la norme.

**235.** Les droits fondamentaux sont bien structurants pour le phénomène juridique et la normativité sociale dans son ensemble. Une normativité qui met donc en jeu des énoncés, en l'occurrence sous forme de droits, mais aussi une objectivité discursive logique, complexe et évolutive. Ainsi, l'appréhension de la fundamentalité en tant que discours englobe les enjeux de la concrétisation des droits. La normativité juridique de la fundamentalité est une normativité dynamique et réflexive sur les valeurs qu'elle met en œuvre et les représentations qu'elle produit. En un mot, elle est une normativité de discours. S'il ne fallait pas l'abolir, au moins ne faut-il pas se méprendre au sujet du dualisme cognitif entre droit subjectif, notamment fondamental, et droit objectif. Tous deux appartiennent à un unique discours juridique comme phénomène intrinsèquement communautaire. Spécialement, la fundamentalité constitue un discours objectif de l'interaction sociale, une institutionnalisation de la coopération à la résolution conflictuelle. Elle est ce *medium* structurant de l'identité collective au sein duquel

---

<sup>1</sup> L. Wittgenstein, *The Blue and Brown Books*, R. Rhees (éd.), Oxford, Blackwell, 1958, 2 éd. 1969 ; trad. M. Goldberg et J. Sackur, *Le cahier bleu et le cahier brun*, Paris, Gallimard, 1995, spéc. pp. 52-54 ; Cf. B. Ambroise et S. Laugier (dir.), *Philosophie du langage (sens, usage et contexte)*, Paris, Vrin, 2011, spéc. p. 17 et pp. 47-54.

<sup>2</sup> P. Ricœur, *Écrits et conférences 2 : Herméneutique*, préc., spéc. pp. 36 et s.

<sup>3</sup> N. Luhmann, *La légitimation par la procédure* (1969), Paris, Cerf, 2001, 247 p.

les droits sont les « institutions évolutives sans lesquelles une société complexe ne saurait subsister »<sup>1</sup>. Ainsi, E. Picavet envisage deux rôles sociaux pour la fundamentalité :

« (1) servir de médiation au dialogue en renvoyant à une strate normative plus générale, opposable aux dispositions de détail à titre d'exigence minimale et en offrant un appui à des arguments ou à des interprétations des normes ; (2) formuler par avance une légitimation du système juridico-étatique, en demandant aux citoyens d'admettre que leurs différends sur l'interprétation des droits généraux proclamés (leurs querelles sur ce qu'ils impliquent, sur les significations) sont inessentiels et ne doivent pas compromettre leur respect des autorités et des dispositions juridiques »<sup>2</sup>.

Le concept de l'abus de droit fondamental est tenu de cette structure à la fois duale et réflexive du discours de la fundamentalité, entre *medium* de l'interaction, donc de l'impulsion sociale, et instrument contraignant de son encadrement.

**236.** Cette lecture de la fundamentalité en tant que discours implique que les droits fondamentaux, contrairement à ce qu'il est prétendu trop rapidement, ne sont pas à la disposition des individus. Si de tels droits impliquent des facultés d'action valides sur le plan juridique, dont jouissent effectivement les destinataires des normes, ceux-ci ne sont pas les seuls maîtres à la validité juridique de leur action. Autrement dit, les destinataires des normes ne maîtrisent pas la signification juridique en général, et celle de la fundamentalité en particulier. La conséquence pour cette recherche est importante : si le destinataire ne dispose pas des droits fondamentaux, alors *il ne peut pas abuser d'un droit fondamental*. De ce point de vue, et Planiol ou Duguit<sup>3</sup> notamment avaient raison, l'expression « abus de droit fondamental » est un non-sens logique sur le plan juridique. L'abus ne porte pas tant sur *le droit* en réalité, puisque sa signification est indisponible à la volonté du destinataire des normes ; il porte sur *le fait*, dont le destinataire prétend qu'il est l'exercice d'un droit<sup>4</sup>. Le concept de l'abus a donc pour objet réel *les prétentions factuelles à exercer des droits fondamentaux*.

---

<sup>1</sup> J.-F. Kervégan, « Propos conclusif », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques*, préc., p. 316.

<sup>2</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 164.

<sup>3</sup> L. Duguit qui avait identifié pertinemment, à propos de la pensée de Josserand, « que toute sa théorie est une théorie de l'acte et non une théorie du droit » (*Traité de droit constitutionnel*, préc., 1927, p. 269).

<sup>4</sup> Pour le Tribunal constitutionnel du Pérou, « el mandato contenido en el artículo 103 de la Constitución [qui prévoit l'abus de droit] (...) se configura en el campo del ejercicio de los derechos subjetivos, una de cuyas características es que de aplicación ante el ejercicio de los derechos subjetivos, siendo más propio hablar del abuso en el ejercicio de los derechos, antes que del abuso del derecho » (10 mars 2003, n° 005-2002-ai/tc (acumuladas) et a. cité par L. Eck, *L'abus de droit constitutionnel*, préc., p. 63).

\*  
\*      \*

« *L'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits* »<sup>1</sup>.

**237.** L'abus de droit est en réalité un abus de langage. Les constructions intellectuelles sophistiquées que la notion mobilise – distinction des droits subjectifs et du droit objectif, frontières internes aux droits, esprit des droits, etc. – reposent sur une ambiguïté théorique fondamentale. Elles nous paraissent faire l'erreur de stipuler la préexistence du droit subjectif à sa reconnaissance par les interprètes authentiques, alors même qu'il n'y a de droit subjectif que les dispositions à agir valides du point de vue du discours juridique ; le reste n'étant que prétentions factuelles à la validité juridique de l'action. Le droit subjectif n'a donc pas de « frontières » qui puissent être dépassées par les destinataires des normes, pour la bonne raison qu'il est une qualification discursive – normative et cognitive – qui, en dernière analyse, ne leur appartient pas. Par suite, l'abus de droit ne corrige pas les « conséquences néfastes de l'utilisation d'un droit subjectif »<sup>2</sup>, soit que ces conséquences relèvent du régime juridique du droit, et s'en trouvent alors protégées, soit qu'elles n'en relèvent pas, de sorte que le fait litigieux ne consiste pas en l'exercice d'un droit.

**238.** Les confusions théoriques en la matière sont à l'origine non seulement de la théorie de l'abus de droit, mais également de son utilisation parcimonieuse en matière de fondamentalité. Mais pourquoi, alors, le discours juridique s'est-il doté d'une telle théorie ? La propriété normative pratique du droit laisse à penser que si une telle conception prospère, c'est qu'elle est utile à l'œuvre juridique. L'abus de droit est en effet une notion solidement établie en droit positif, à l'aura internationale. Elle présente une utilité certaine au sein du processus normatif concret, en toutes matières juridiques, y compris au sein du discours de la fondamentalité. Le concept de l'abus rend présent au cœur de l'activité normative concrète les considérations finalistes du discours juridique. En de nombreux domaines, il tend à *l'équilibre logique* au sein des relations juridiques, au terme d'une *contextualisation concrète du fait litigieux*. Il a notamment montré toutes ses facultés normatives dans les contentieux subtils, des problématiques spécifiques à la sphère économique aux enjeux sociétaux portés par le droit fondamental à la liberté d'expression. La notion n'a pas son commun, également, pour

---

<sup>1</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., n° 870 et s.

<sup>2</sup> A. Sériaux, « Abus de droit », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, préc.

préserver le libre fonctionnement des institutions démocratiques. En outre, l'abus de droit est manipulé par de nombreux interprètes du discours juridique, qui contribuent à densifier son œuvre normative ainsi que sa connaissance particulière, selon un même horizon pratique. Pour autant, ici encore, il ne faudrait pas embellir exagérément le tableau. L'utilisation plurielle et désordonnée de la notion, voire objectivement contradictoire s'agissant du contentieux de la fondamentalité, révèle les failles de la connaissance juridique à propos du concept de l'abus de droit. À choisir, certainement que les interprètes authentiques se tourneront vers des notions mieux stabilisées en droit positif, et qui remplissent sensiblement la même fonction normative.

**239.** Il est vrai que la notion de l'abus de droit fondamental n'est pas dépourvue de paradoxes qu'il est inutile de dissimuler sous une vaine impossibilité, ou artificielle stratégie, à systématiser la théorie. Les confusions théoriques, liées principalement au concept de droit subjectif, et plus loin à celui de droit fondamental, ne sont pourtant pas indépassables. « Au fond, tout le monde est d'accord ; seulement là où les uns disent : “il y a usage abusif d'un droit”, les autres disent : “il y a un acte accompli sans droit”. On défend une idée juste avec une formule fausse »<sup>1</sup>. Et si la notion continue à être utilisée au sein du discours juridique, malgré ses vicissitudes, c'est qu'il existe une réelle nécessité conceptuelle de l'abus de droit. Une nécessité, en réalité, largement « invisible », car elle dépasse le cadre de l'utilisation étroite de la *notion* dans le *langage* juridique. Il va donc falloir se déporter dans la *pensée* du droit, dans cet espace de constitution mutuelle de la norme et de la connaissance juridiques, afin de comprendre l'influence du concept de l'abus de droit fondamental, et les enjeux qu'il peut y avoir à l'appréhender correctement.

---

<sup>1</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., n° 870 et s.

## Chapitre 2. La spécification abductive du concept de l'abus de droit fondamental

« *La tâche essentielle de quelqu'un qui consacre sa vie aux sciences humaines, c'est de s'attaquer à ce qui semble le plus arbitraire, le plus anarchique, le plus incohérent, et d'essayer de découvrir un ordre sous-jacent ou du moins d'essayer de voir s'il existe un ordre sous-jacent* »<sup>1</sup>.

**240.** Le raisonnement abductif a pour terme la formulation d'une hypothèse générale, explicative du phénomène observé. L'hypothèse scientifique est une proposition de connaissance, sans plus de prétention. Elle ne dérive pas des incantations de celui qui l'énonce, mais résulte de l'observation méthodique du phénomène-objet, des connaissances antérieures produites à son égard, et des inférences hypothétiques sur la cause du phénomène. Elle dépend aussi, inévitablement, du cadre théorique d'énonciation. S'agissant d'une recherche qui porte sur un concept-objet, l'hypothèse générale avancée prend la forme d'une conception hypothétique de l'abus de droit fondamental.

**241.** Cette hypothèse a pour objet de décrire une action conceptuelle qui n'est pas immédiatement observable. Elle nous semble être, en même temps, la cause de certains phénomènes juridiques qui sont, eux, parfaitement visibles<sup>2</sup>. En réalité donc, à l'observateur méthodique, le concept de l'abus de droit fondamental laisse apparaître sa manière d'être au discours juridique. En dernière analyse, son œuvre conceptuelle suscite certaines *dispositions à agir de la part de la communauté d'interprétation du discours de la fondamentalité*. L'exposé de ces dispositions à l'action constitue, du point de vue pragmatiste, l'objet du concept. Elles concernent l'ensemble de la communauté d'interprétation du discours, bien que dans une perspective de normativité juridique formelle, nous nous intéresserons particulièrement aux dispositions à agir des interprètes authentiques impliquées par le concept.

---

<sup>1</sup> C. Lévi-Strauss, « L'ethnologue est un bricoleur », dans « Lévi-Strauss par Lévi-Strauss », *Le Nouvel observateur*, hors-série, nov.-déc. 2009, p. 22 cité par B. Frydman, « Comment penser le droit global », dans *La science du droit dans la globalisation* J.-Y. Chérot, B. Frydman (dir.), Bruylant, 2012, p. 19.

<sup>2</sup> Ce qui est logique d'un point de vue pragmatiste, selon lequel « une conception ne peut, semble-t-il, être admise au rang d'hypothèse que pour autant que ses conséquences possibles sont de nature perceptuelle » (C.S. Peirce, *Pragmatisme...*, préc., p. 415).



**242.** Les connaissances jusque-là accumulées à propos de l'abus de droit nous orientent vers l'action *contextualisatrice* de ce concept au sein du processus normatif concret. Pour ce qui est du discours de la fundamentalité, et en ce qui nous semble être l'objet du concept de l'abus, cette contextualisation revêt deux formes co-constitutives : une contextualisation interdiscursive (section 1) et une contextualisation intersubjective (section 2) du fait social dont le destinataire des normes prétend qu'il est l'exercice d'un droit fondamental. Bien que la distinction ait une vertu pédagogique, ces deux types de contextualisations sont intrinsèquement liées au sein du processus normatif concret. Elles forment ensemble une contextualisation logique, inhérente au discours de la fundamentalité, qui n'a pas pour objet de parfaire la norme juridique concrète, mais bien de la faire de *part en part*<sup>1</sup>. En effet, cette contextualisation logique détermine finalement la signification concrète d'un droit fondamental.

---

<sup>1</sup> De « part en part, sa substance, sa normativité » (A. Papaux, « Droit en contexte, droit exercé : la mètis ou les figures de l'habileté juridique », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, p. 125).

## **Section 1. L’abus de droit fondamental est la contextualisation interdiscursive du fait social prétendument exercice d’un droit fondamental**

243. Nous avons eu l’occasion de voir, sans doute trop rapidement, comment en matière de fondamentalité, le paradigme post-Seconde Guerre mondiale avait revalorisé la figure du sujet comme être – destinataire particulier des normes juridiques – tandis que l’étude du droit reconsidérerait avec intérêt le discours du juge. Dans le même temps, la structuration formaliste et abstraite de l’ordre juridique, à la recherche de l’unité comme vecteur de sens, a pu être contestée sur le plan épistémologique par l’apparition (ou la redécouverte) de l’enjeu contextuel dans les sciences théorétiques<sup>1</sup>. D’aucuns n’ont pas hésité à évoquer une *crise de l’interprétation*<sup>2</sup> et, par là même, de la signification juridique.

244. La lecture discursive du droit, loin de léguer tout au contextuel, en comprend l’enjeu dans une perspective de normativité pratique, telle que la déploie le concept de l’abus de droit fondamental. À vrai dire, ce concept s’énonce au sein d’un discours qui est lui-même une œuvre de contextualisation, de nature interdiscursive (§ 1). Or, des concepts qui structurent la fondamentalité, l’abus de droit est précisément celui qui a pour objet d’opérer, concrètement, la contextualisation interdiscursive du fait litigieux (§ 2).

---

<sup>1</sup> Un véritable *contextual turn* qui a marqué la philosophie du langage, mais aussi les sciences économiques et littéraires ou la théorie de l’interprétation en général (M. Vogliotti, « Le “tourment contextuel” dans la science juridique », préc., p. 194).

<sup>2</sup> Pour M. Rosenfeld, les contraintes ontologiques et éthiques liées à la déconstruction ont lancé un véritable défi à l’interprétation en droit. Caractérisée par l’intertextualité, la déconstruction vaguement envisagée met en lumière les disparités inévitables entre la logique et la rhétorique des textes, c’est-à-dire entre ce que l’auteur a *l’intention de dire* et ce qu’il *est contraint*, par le texte, de *signifier*. L’écrit ne parvient pas à la réconciliation désirée entre l’unité et la diversité, pas plus « le discours juridique – et particulièrement le discours juridique moderne avec ses aspirations universalistes – ne peut atteindre la cohérence et la réconciliation aussi longtemps qu’il produit des écrits qui ne peuvent pas complètement éliminer les différences idéologiques et qui ne laissent pas disparaître les différences ou le manque de reconnaissance intégrale de l’autre qui est subordonné » (M. Rosenfeld, *Les interprétations justes* (1998), trad. G. Warland, Paris, LGDJ, 2000, p. 20) ; B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l’interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2011, pp. 15 et s.

## § 1. L'appropriation interdiscursive caractéristique du phénomène de la fondamentalité

« Rien de plus original, rien de plus soi que de se nourrir des autres. Mais il faut les digérer.  
Le lion est fait de mouton assimilé »<sup>1</sup>.

**245.** Le phénomène de la fondamentalité est un discours en action ancré dans le monde, situé dans une réalité physique, biologique et sociale. Il est formulé dans un langage qui lui-même porte une expérience culturelle. Cette réalité d'arrière-plan, en particulier culturelle et sociale, forme le cadre de référence du discours de la fondamentalité pour sa communauté d'interprétation. En son sein, le discours juridique cohabite avec d'autres discours sociaux, de nature plus strictement politique, philosophique, morale, religieuse ou économique. La connaissance juridique ne s'abstrait pas de ce contexte discursif, elle le prend au contraire pour objet afin de mener, en ordre, la pratique du droit.

**246.** Le processus normatif concret en particulier, au sein duquel s'épanouit le concept de l'abus de droit, *internalise*<sup>2</sup> la relation dialectique entre le droit dit positif et son contexte discursif. Ce rapport interdiscursif<sup>3</sup> connaît une intensité toute particulière s'agissant des droits fondamentaux, dont la matérialité axiologique est forte. Il reste que ce phénomène de circulation discursive<sup>4</sup>, dans une perspective normative pratique, a lui-même une propriété juridique<sup>5</sup>, et relève ainsi de la discipline, de la science, et de la connaissance juridiques. Si la contextualisation est dite interdiscursive, c'est que l'interprète authentique de la fondamentalité

---

<sup>1</sup> P. Valéry, *Tel Quel* (1941).

<sup>2</sup> A. Bailleux, F. Ost, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 25-44.

<sup>3</sup> Ce que M. Foucault a pu nommer *champ de concomitance*. Appliqué à notre objet, il s'agit de penser qu'en plus du champ de présence, constitué par la référence explicite ou implicite au discours juridique formel (ou autopoïèse), il y a dans le discours de l'interprète authentique des droits fondamentaux « des énoncés qui concernent tout autres domaines d'objets et qui appartiennent à des types de discours tout à fait différents ; mais qui prennent activité parmi les énoncés étudiés soit qu'ils servent de confirmation analogique, soit qu'ils servent de principe général et de prémisses acceptés pour un raisonnement, soit qu'ils servent de modèles qu'on peut transférer à d'autres contenus, soit qu'ils fonctionnent comme instance supérieure à laquelle il faut confronter et soumettre au moins certaines des propositions qu'on affirme » (*L'archéologie du savoir*, préc., p. 81).

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 145 et s. L'interdiscursivité matérielle entre le droit et d'autres discours sociaux ne se confond pas avec l'intertextualité *en droit* (cf. sur cette question, V. Forray et S. Pimont, *Décrire le Droit... Et le transformer*, préc., spéc. p. 248).

<sup>5</sup> D. De Béchillon, *Qu'est qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, spéc. p. 255. Selon l'allégorie de P. Ferreira Da Cunha, l'interprète authentique du discours juridique est ce roi Midas qui transforme en droit tout ce qu'il touche (*Droit et récit*, Dikè, 2003, p. 37).

appréhende le contexte significatif du processus normatif concret lui-même sous forme de discours. « C'est dire aussi que notre relation au monde est non pas immédiate, mais d'emblée discursive : c'est une relation *d'interprétation* »<sup>1</sup>. Or, ce contexte est déterminant en matière de droits fondamentaux, dont les énoncés sont peu signifiants et les concepts vagues (A), valorisant ainsi l'enjeu contextuel lors de la concrétisation (B).

### A. *L'horizon peu signifiant des sources de la fundamentalité*

247. Le constat a déjà été posé : les mots des droits fondamentaux sont abstraits et polysémiques<sup>2</sup>. Si la signification d'un terme est la conception qu'il véhicule<sup>3</sup>, il faut bien reconnaître que les conceptions véhiculées par les droits fondamentaux sont vagues et contestées. Proclamées sur le registre naturaliste, les déclarations de droits de l'homme sont majoritairement constituées de phrases génériques descriptives ou assertoriques. La conséquence normative immédiate est évidente : les droits de l'homme ne prescrivent pas d'actions précises, mais *informent* les destinataires d'un système de normes applicables<sup>4</sup>. L'horizon factuel impliqué est vaste, les droits fondamentaux orientent l'action des destinataires à la fois modérément et résolument. En réalité, la normativité de ces droits appartient peu au locutoire<sup>5</sup>. C'est plutôt la dimension illocutoire de l'énoncé fondamental – c'est-à-dire l'état de choses qui se crée autour et par le langage des droits – qui institue un horizon de normativité dans le réel<sup>6</sup>. Cet état de choses est pour nous le discours de la fundamentalité. Il renvoie aussi bien à des structures institutionnelles et des faits individuels, qu'à un ordre de normes et de connaissances.

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, *La pensée-signe. Études sur C.S. Peirce*, préc., chap. 2, § 74.

<sup>2</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 454 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 181.

<sup>3</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol. 5 § 255 cité par C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 17.

<sup>4</sup> F. Martin, « Indéfini, modalité et généralité dans la Déclaration des Droits de l'Homme », *Argumentation et Analyse du Discours* [en ligne], 4/2010.

<sup>5</sup> P. Amserek, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », dans *Théorie des Actes de langage, Éthique et Droit* Paul Amserek (dir.), PUF, 1986, p. 113. Cette distanciation vis à vis de l'énoncé est certes particulière en matière de droits fondamentaux, mais enfin elle se retrouve pour toute forme d'écrits. « À la faveur de l'écriture, le discours s'affranchit de la tutelle de l'intention du lecteur, des circonstances de la production du discours, et de l'orientation vers le destinataire primitif » (P. Ricoeur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », dans *Interprétation et droit* P. Amserek (dir.), Bruylant, 1995, p. 180). Cette triple distanciation ouvre effectivement le champ des possibles, mais, du point de vue d'une ontologie sémiotique, qui voit dans le droit un système logique et ordonné de signes, le sens n'appartient pas qu'au contextuel.

<sup>6</sup> J. Benoist, « Synthétique a priori et normativité », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie* J. Benoist et J.-F. Kervégan (dir.), CNRS Éditions, 2008, p. 43.

248. Certainement qu'à la lecture de leurs seuls énoncés, il est difficile de prévoir comment les droits fondamentaux régiront concrètement les rapports sociaux ou l'action étatique. Ils n'atteignent pas le même degré de précision que d'autres normes juridiques<sup>1</sup>. Les droits fondamentaux ne sont pas « un ensemble de règles, d'où, par un raisonnement formel, se déduit une solution à vérité unique »<sup>2</sup>. Ils sont effectivement moins enclins au raisonnement déductif de type « si X conditions factuelles sont réunies alors un régime juridique stabilisé Y est applicable ». Au contraire, les droits fondamentaux sont généralement mobilisés selon un raisonnement inductif eu égard à leur caractère de norme constitutive<sup>3</sup>. En ce sens, les interprètes de la fundamentalité sont sujets à la « construction juridique »<sup>4</sup>, particulièrement les interprètes authentiques, qui voient leur œuvre normative et cognitive accrue en la matière. Les énoncés de la fundamentalité ne sont que des potentiels vagues de contenu, de *pauvres indices*<sup>5</sup>, qu'il appartient à l'ordre discursif de stabiliser. En particulier, les organes d'application qui signifient concrètement les droits, c'est-à-dire qui déterminent *in situ* la teneur du message normatif en faisant des choix et en fournissant des raisons. La signification des droits fondamentaux, conformément à une lecture pragmatiste<sup>6</sup>, se conçoit en référence à leurs effets pratiques concevables, et devient accessible au cours de leur concrétisation normative. Autrement dit, la *nécessité normative*<sup>7</sup> de la fundamentalité suppose que la signification des droits est liée à l'application du discours.

« L'application d'une règle juridique est en fait une opération très complexe où l'interprétation des faits et celle de la norme se conditionnent mutuellement. Du côté des faits de la cause en procès, le même enchaînement factuel peut être interprété de plusieurs manières [...] ; et telle façon d'en lire l'enchaînement est déjà orientée par la présomption selon laquelle tel enchaînement narratif place le cas considéré sous telle règle de droit. Quant à la règle de droit, elle présente elle-même une open structure qui la met sous la dépendance des interprétations antérieures adoptées dans des cas semblables ; mais l'idée même de cas semblables, présumée par la règle du précédent résulte de l'interprétation du degré de ressemblance ou

---

<sup>1</sup> D. Grimm, « L'interprétation constitutionnelle... », préc.

<sup>2</sup> M. Delmas-Marty, « Les droits de l'homme, ni l'homme, ni le droit », dans *Éthique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud/Inserm, 1988, p. 321.

<sup>3</sup> *Supra*. §§ 117 et s.

<sup>4</sup> R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle* (traduit et présenté par V. Champeil-Desplats), Paris, Dalloz, 2010, p. 43.

<sup>5</sup> Réf. à J.L. Austin, *Quand dire c'est faire* (1962), trad. G. Lane, Paris, Seuil, 1991, p. 37.

<sup>6</sup> C.S. Peirce, *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., pp. 404 et s.

<sup>7</sup> En référence à la « logique du nécessaire » du point de vue herméneutique (P. Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », dans *Interprétation et droit*, préc.).

de dissemblance avec les cas précédents. [...] Cela dit, il n'y a plus rien de scandaleux à avouer le caractère vague du langage juridique, les conflits entre normes, le silence de la loi sur les cas inédits, la nécessité de choisir entre la lettre et l'esprit de la loi : *c'est en l'appliquant* que non seulement on reconnaît la norme comme contraignante, mais que l'on fait l'épreuve de sa variabilité, et que s'exerce le jeu décrit plus haut de l'interprétation mutuelle entre la loi et les faits »<sup>1</sup>.

**249.** Au sein du processus de concrétisation des droits fondamentaux, l'appréhension du contexte discursif s'opère en miroir de l'interprétation des faits en cause. Ce sont les états de fait à régir qui valorisent certains contenus interdiscursifs en droit<sup>2</sup>. Ces faits qui sont d'ailleurs présentés comme extérieurs au droit, mais que le discours juridique relate dans leurs meilleures dispositions pour l'œuvre normative<sup>3</sup>. Sauf à ne juger qu'en *obiter dictum*, l'interdiscursivité est donc étroitement liée à la finalité normative pratique des droits fondamentaux. Cette dialectique entre faits et normes au sein du processus de concrétisation du discours peut mener, dans des hypothèses extrêmes, à ce que l'application d'une loi, même conventionnelle, se révèle contraire à des exigences conventionnelles eu égard aux circonstances de la cause<sup>4</sup>. Quand bien même, dans la pratique, les droits fondamentaux se révèlent être « des prescriptions particulièrement déterminées par les aspects factuels »<sup>5</sup>. Le contexte d'application du discours de la fundamentalité n'en est que plus significatif.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 177, nous soulignons.

<sup>2</sup> « Une norme n'appréhende une situation complexe du monde vécu que d'une manière toujours sélective, à partir des points de vue qu'elle se donne préalablement comme pertinents, alors que l'état de choses qui se constitue à travers elle n'épuise jamais le contenu de signification vague d'une norme générale, mais le met au contraire en valeur de manière sélective » (J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., p. 223).

<sup>3</sup> Une « mise en forme » des faits préalable à la réalisation normative (V. Champeil-Desplats, J. Porta, L. Thévenot, « Introduction : une expérience de recherche coopérative et transverse entre droit et sciences sociales », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 16/2019, § 9).

<sup>4</sup> CE, Ass., 31 mai 2016, Mme C. A., n° 396848.

<sup>5</sup> F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1998, p. 66.

## B. L'interdiscursivité inhérente à l'application des droits fondamentaux

**250.** L'enjeu principal du discours de la fundamentalité, y compris du point de vue de sa signification donc, réside dans son application. Or, la matière des droits de l'homme est celle « où l'écart entre l'existence de la norme et l'effectivité de son application est le plus grand »<sup>1</sup>. La raison principale entrevue<sup>2</sup>, aussi simple à formuler que complexe à appréhender, est que le processus de concrétisation des droits fondamentaux fait intervenir des considérations non strictement juridiques. Pour le dire autrement, les « mécanismes juridiques ayant vocation à assurer la concrétisation des droits et libertés sont (...) constamment mis à l'épreuve de l'état du monde dans lequel ils sont institués »<sup>3</sup>. Cette opposition contraignante et contextuelle du réel force « le sens d'un dispositif normatif à se transformer, à se distordre, à se pluraliser, et, éventuellement, à disparaître »<sup>4</sup>.

**251.** L'interdiscursivité inhérente à l'application des droits fondamentaux n'est rien d'autre que cette adaptation au réel social à régir. Ce peut être notamment, et de manière évidente, en considération des évolutions technologiques et scientifiques. Ainsi, la liberté d'expression s'étend aux nouveaux moyens de communication<sup>5</sup> tandis que les avancées relatives à la conservation des embryons ouvrent de nouvelles perspectives du point de vue du droit à la vie privée<sup>6</sup>. Ce peut être assurément encore, du fait de l'évolution des jugements éthiques et des pratiques sociales. Par exemple, la « reconnaissance juridique du mariage homosexuel ne fait que traduire une évolution générale de la société à l'égard de la question »<sup>7</sup>. De même, selon des juges de la Cour EDH, « il s'est produit dans l'opinion publique des changements sensibles quant à la pleine reconnaissance juridique du transsexualisme. Eu égard à l'interprétation dynamique de la Convention adoptée par la Cour, cette évolution sociale et

---

<sup>1</sup> N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, p. 42 cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 259 ; C. Roulhac, *L'opposabilité des droits et libertés*, préc.

<sup>2</sup> *Supra*. §§ 225 et s.

<sup>3</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 260.

<sup>4</sup> J. Benoist, « Synthétique a priori et normativité », préc., p. 48.

<sup>5</sup> CC, 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC. V. Champeil-Desplats évoque à ce propos la variante « évolutionniste » de la contextualisation nécessaire des normes de droits fondamentaux (*Théorie générale des droits*, préc., p. 160).

<sup>6</sup> Cour EDH [GC], 27 août 2015, *Parrillo c/Italie*, n° 46470/11.

<sup>7</sup> CJUE [GC], 5 juin 2018, *Coman e. a.*, aff. C-673/16, § 58. La Cour se réfère même « aux enquêtes statistiques » qui viennent confirmer un phénomène non pas « lié à une culture ou à une histoire spécifique mais correspond, au contraire, à une reconnaissance universelle de la pluralité des familles »).

morale doit aussi entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article 12 »<sup>1</sup>. Aussi, le concept de marge nationale d'appréciation au sein de l'ordre juridique de la Convention EDH peut être lu comme la reconnaissance formelle du rôle du contexte interdiscursif, à l'échelle nationale, dans le processus de concrétisation des droits fondamentaux conventionnels<sup>2</sup>.

**252.** De manière générale, l'effectivité des droits fondamentaux dépend logiquement des conditions politiques, économiques, culturelles et sociales de leur application. Ce champ de concrétisation de la fundamentalité est alors appréhendé par les interprètes de manière discursive. Ce sont des contenus cognitifs, parfois formalisés par l'interprète authentique<sup>3</sup>, qui sont autant de réalités à prendre en compte au sein du processus normatif concret<sup>4</sup>. S'ils

---

<sup>1</sup> Opinion séparée des juges Palm, Foighel et Pekkanen sous l'arrêt Cour EDH, 27 sept. 1990, *Cossey c/Royaume-Uni*, n° 10843/84, § 5. Toujours selon le juge Foighel : « le droit doit nécessairement suivre l'évolution de la médecine, de la société et de la morale pour ce qui est du statut des transsexuel » (*Opinion dissidente* sous l'arrêt Cour EDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c/Royaume-Uni*, n° 21830/93, § 3).

<sup>2</sup> Parallèlement, la marge nationale d'appréciation sera plus étroite lorsqu'un consensus se sera formé au sein de la communauté d'interprétation de la Convention EDH à propos d'une certaine valeur sociale. Par exemple, selon la Cour EDH, « la situation juridique en ce qui concerne le droit au congé parental dans les Etats contractants a évolué. Dans la grande majorité des pays européens, la loi reconnaît désormais aux pères comme aux mères le droit de bénéficiaire du congé parental (...). Preuve, pour la Cour, que la société a progressé vers un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes dans l'éducation des enfants et que le rôle du père à cet égard a gagné en reconnaissance. La Cour estime qu'elle ne peut faire abstraction d'idées qui ne cessent de se répandre et d'évoluer, ni des changements juridiques qu'elles entraînent dans le droit interne des États contractants (...). Dès lors, l'État défendeur ne saurait se retrancher plus longtemps derrière l'absence de standard commun parmi les États parties pour justifier une différence de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne le congé parental. On ne saurait davantage invoquer la conception traditionnelle soulignant le rôle primordial des femmes dans l'éducation des enfants pour justifier le refus d'octroyer au père un droit au congé parental alors qu'il le réclame » (7 oct. 2010, *Konstantin Markin c/Russie*, n° 30078/06, § 49).

<sup>3</sup> Les juges anglo-saxons, à l'image de la motivation développée de leurs décisions, sont susceptibles d'être plus loquaces sur l'influence des représentations philosophiques, politiques, morales ou économiques sur leur action normative. Ainsi, pour un juge à la Cour suprême du Canada : « les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'équilibre social, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société » (*Opinion* du juge Dickson, dans *R. c/Oakes* (1986), 1 RCS 103 cité par M. Levinet, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011/2, p. 238). Le phénomène d'interdiscursivité peut y être poussé, lorsque la Cour suprême des États-Unis se réfère aux écrits de Shakespeare ou que l'un de ses juges cite Bob Dylan (R. Bismuth, « L'utilisation des sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *RIDC* (vol. 62), 2010, n° 1, p. 106). On a pu voir aussi en France, s'agissant de la célèbre affaire dite du « lancer de nain », le Commissaire du gouvernement P. Frydman faire référence, dans ses conclusions, à David Lynch et son film *Eléphant Man*, à des discours de responsables politiques ou encore à l'avis de la comédienne Mimie Mathy (« Conclusions sur Conseil D'État, Assemblée, 27 octobre 1995 », V., *RFDA* 1995, pp. 1204 et s.).

<sup>4</sup> Cour EDH, 15 déc. 2004, *Pla et Puncernau c/Andorre*, n° 69498/01, § 62. *Nous soulignons* : « Ainsi, à supposer même que la clause testamentaire en question eût nécessité une interprétation par les juridictions internes, une telle interprétation ne pouvait se faire exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur au moment de la



proviennent effectivement d'autres discours sociaux, ces contenus sont mobilisés en droit selon les postulats, les méthodes et les principes constitutifs du discours juridique<sup>1</sup>.

« S'il veut se poser comme Texte, à l'égard de celles et ceux qui ont contribué à le forger, le droit ne peut que préserver sa rationalité dialogale en s'ouvrant à la conscience de ses contextes, tant de justification que d'application, et donc, en s'inscrivant dans des rapports dialogiques avec les autres discours, plus ou moins normatifs, avec lesquels il coexiste et entretient une relation heuristique, à l'instar des discours de (ou sur la) Justice. Mais à condition de ne jamais perdre de vue son identité propre, fût-elle forgée dans l'altérité. C'est-à-dire ce qu'il est – et/ou ce qu'il doit être. La destinée du droit, sauf à vouloir le ramener à une fonction purement instrumentale qui en signifie la négation, n'est évidemment pas de se dissoudre ; sa vocation est de s'ouvrir, à travers les représentations auxquelles il accède, à une image du monde qu'il contribue à forger. En interprétant ces représentations et en conservant, par là même, son extériorité à leur égard. Comme dans un rapport dialogique »<sup>2</sup>.

---

rédaction du testament ou du décès de la testatrice, en l'occurrence en 1939 et en 1949, dans la mesure où, notamment, une période de cinquante-sept ans s'est écoulée entre la date d'établissement du testament et le moment de l'ouverture de la succession. En présence d'un intervalle de temps aussi long, au cours duquel de profonds changements sont survenus dans les domaines tant social qu'économique et juridique, *le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités* ». Le juge n'ignore pas non plus l'enjeu politique et symbolique qu'il y a à restreindre sévèrement certains droits fondamentaux. En matière de terrorisme, la Cour EDH admet qu'un « État puisse reprendre avec une fermeté renforcée l'évaluation du lien de loyauté et de solidarité existant entre lui-même et des personnes condamnées » pour des crimes de cette nature. Malgré le temps écoulé depuis la condamnation (7 ans), la mesure de déchéance de nationalité intervenue dans un contexte de graves attentats en France n'emporte pas violation de l'article 8 (Cour EDH, 25 juin 2020, *Ghoumid et a. c/France*, préc., § 45).

<sup>1</sup> Cette idée n'est pas du tout étrangère à ce que M. Rosenfeld nomme le « nouveau formalisme juridique » incarné notamment par S. Fish et E. Weinrib (S. Fish, *There's No Such Thing as Free Speech (And It's a Good Thing, Too)*, New York, OUP, 1994, 346 p. ; E. Weinrib, « Legal Formalism : On the immanent rationality of Law », *Yale Law Journal*, 97, 1988, pp. 949 et s.). Selon Fish, par un processus dynamique de constitution formelle du droit par lui-même, le discours juridique est amené à internaliser des valeurs éthiques ou politiques, tout en les traduisant en valeurs juridiques (*ibid.*, pp. 157-159 cité par M. Rosenfeld, *Les interprétations justes*, préc., p. 40). Cf. égal. G. Teubner, *Le droit, un système auto-poïétique*, Paris, PUF, 1993, 286 p.

<sup>2</sup> F. Géa, « Brèves réflexions sur l'identité et la (con)textualité du droit », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 99-107. Ce n'est d'ailleurs pas là « sortir d'une conception du droit réduite, sinon à des textes, du moins à des argumentations juridiques ou, pour le dire autrement, à un langage, voire à une forme d'exercice du pouvoir à l'aide du langage » (P. Brunet, « Quand le droit compte comme texte », *RIEJ*, préc., p. 58).

Le droit n'est donc pas clos sur son environnement discursif<sup>1</sup>, et les énoncés de droits fondamentaux interagissent avec d'autres représentations sociales<sup>2</sup> normatives au moment de leur concrétisation<sup>3</sup>.

**253.** Or, pénétrer dans la concrétude des situations, c'est accroître les référentiels à prendre en compte, et élever autant la liberté d'interprétation. La doctrine s'est bien sûr beaucoup questionnée sur le rôle de ce juge positionné au cœur d'une réalité sociale qu'il doit décrypter en vue de réaliser son office juridique. On pense notamment à R. Dworkin, et sa figure héroïque du juge « à l'intelligence et à la patience surhumaines qui accepterait la thèse de l'unité en droit. Appelons-le Hercule. Le principe d'unité en droit est sa religion »<sup>4</sup>. Le juge est « la première figure juridique : la première autorité qui, se détachant de la communauté, fut investie de la tâche de dire le droit pour la communauté »<sup>5</sup>. S'il s'en élève, le juge ne se dissocie pas pour autant de la communauté sociale ; il développe, au contraire, une sensibilité particulière à son « histoire politique réelle »<sup>6</sup>. Cette vision monologique de l'application du droit à travers la figure déifiée du juge sera critiquée, comme un risque de réduire le phénomène normatif concret à l'*ethos* du juge<sup>7</sup>. Ce dernier s'inscrit effectivement dans une large communauté d'interprétation, notamment en matière de fundamentalité, dans laquelle il doit dialoguer avec des institutions plus strictement politiques. En particulier, la Cour EDH s'attache à ce que les autorités nationales prennent en considération les « intérêts de la société dans son

---

<sup>1</sup> Pour la CJUE, « il est de jurisprudence constante que, afin d'interpréter une disposition du droit de l'Union, il convient non seulement de se référer aux termes de celle-ci, mais également de tenir compte de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie » (6 oct. 2020, *Privacy International et a., préc.*, § 105). Certains auteurs expliquent que « le droit se présente à la fois comme intrinsèquement distinct de son environnement (il ressortit à l'univers du Sollen par opposition au monde du Sein) et inextricablement lié à ce dernier, qui en constitue l'alpha (le droit émerge de la société) et l'oméga (le droit influe sur la société) » (A. Bailleux, F. Ost, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ* (vol. 70), p. 35).

<sup>2</sup> « Une représentation sociale est un ensemble organisé et structuré d'informations, de croyances, d'opinions et d'attitudes » (J.-C. Abric, « L'approche structurale des représentations sociales : développements récents », *Psychologie et société*, 4/2, 2001, p. 82). Les représentations sociales qui forment bien un objet réel pour l'étude pragmatiste du phénomène juridique.

<sup>3</sup> F. Géa évoque « une mise en relation – et en tension – des normativités » (« Brèves réflexions sur l'identité et la (con)textualité du droit » *préc.*).

<sup>4</sup> R. Dworkin, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n° 1, pp. 51-79. Une unité en droit qui renvoie selon l'auteur à « une seule et même conception cohérente de la justice et de l'équité » (*ibid.*, p. 71).

<sup>5</sup> F. Ost, *Raconter la loi*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 83.

<sup>6</sup> R. Dworkin, *préc.*, p. 67.

<sup>7</sup> M. Rosenfeld, « "Droit et démocratie" : un ouvrage de référence » (dossier spécial : Habermas et le droit), *RDP*, 2007, n° 6, p. 1506.

ensemble »<sup>1</sup>. À l'âge global, le juge « ne se limite plus à chercher la meilleure solution dans les lois et règlements, mais intègre dans son raisonnement les principes généraux du droit, les droits fondamentaux et même des valeurs que l'argumentation traduit en moyens juridiques »<sup>2</sup>.

**254.** Les principes généraux du droit constituent effectivement un ancrage juridique performant au raisonnement interdiscursif, qui fut largement utilisé en matière de droit et libertés<sup>3</sup>. D'autres pratiques discursives à la même fonction pragmatique sont peut-être plus actuelles au sein du discours de la fundamentalité, notamment l'interprétation, opérée par la Cour de Strasbourg, à l'aune des « valeurs »<sup>4</sup> ou de « l'esprit de la Convention »<sup>5</sup> tels qu'ils résultent de son préambule. La considération des valeurs d'une société démocratique, immanente à l'application du discours de la fundamentalité, avait été explicitement envisagée dans le projet du texte conventionnel, et la notion de l'abus de droit devait concrétiser cette normativité des buts : « Ces droits et libertés [reconnus par le projet de la Convention] ne pourront en aucun cas être exercés contrairement aux buts et aux principes du Conseil de

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 20 sept. 1994, *Otto-Preminger-Institut c/Autriche*, n° 13470/87, § 55. Sur l'influence explicite du contexte social sur la norme formulée : Cour EDH, 18 jan. 2001, *Chapman c/Royaume-Uni*, n° 27238/95, § 101.

<sup>2</sup> B. Frydman, « Le juge à l'âge global », *Cités*, 2017/1, n° 69, pp. 59-72.

<sup>3</sup> Ils ont ainsi permis le développement du catalogue des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, spécialement avant la Charte des droits fondamentaux (CJCE, 12 nov. 1969, *Erich Stauder c/Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. C-29/69). Ces principes, en France, ont pu revêtir plusieurs formes non équivalentes en matière de droits et libertés, qu'il s'agisse des PFRLR (CC, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC), des principes à valeur constitutionnelle (CC, 12 juil. 1979, n° 79-107 DC) ou même certains objectifs à valeur constitutionnelle (CC, 19 janv. 1995, n° 94-359 DC). La Cour constitutionnelle italienne a, elle, consacré une intéressante catégorie de principes suprêmes de la Constitution (Corte cost., 12 avril 1989, n° 203, *Giur. cost.*, 1989, parte I, p. 898) : « Cette Cour a établi, et constamment observé, que les principes suprêmes de l'ordonnancement constitutionnel ont “une valeur supérieure par rapport aux autres normes ou lois de rang constitutionnel” » (R. Ricci, « L'ordonnancement d'un système juridique par la recherche de la cohérence : l'apport des études comparatives de jurisprudence », dans *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presse universitaire de Rennes, 2007, p. 202). Ces principes servent de référence au contrôle de constitutionnalité en raison des valeurs qu'ils portent, « bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux qui ne peuvent faire l'objet d'une procédure de révision constitutionnelle [car ils] appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution Italienne » (Corte cost., 29 déc. 1988, n° 1145, *Giur. cost.*, 1988, parte I, p. 5569 *souligné par ibid.*). Le juge constitutionnel italien assume, à travers cette catégorie discursive, la protection de valeurs constitutionnelles au carrefour des discours. D'ailleurs, de manière générale, le contrôle de constitutionnalité lui paraît indissociable « du principe général de conservation des valeurs juridiques » (Corte cost., 3 avril 1996, n° 89 de 1996, *Gazzetta Ufficiale* (G.U.), 1a Serie speciale, n° 14, p. 26).

<sup>4</sup> Cour EDH, *Perinçek c/Suisse*, préc., § 114.

<sup>5</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France*, préc. On retrouve également la rhétorique des « objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine » (Cour EDH, 22 nov. 1995, *S.W. c/Royaume-Uni*, n° 20166/92, § 44, *nous soulignons*). La Cour évoque dans ce même paragraphe, une « notion civilisée du mariage »).

l'Europe »<sup>1</sup>. Et si R. Dworkin ou R. Alexy ont pu envisager, notamment, les droits fondamentaux comme *des principes de droit à caractère déontologique* ou *des biens juridiques susceptibles d'optimisation*<sup>2</sup>, il ne faudrait pas méconnaître pour autant la spécificité normative de ces droits, lesquels ne s'assimilent pas à de simples valeurs ou principes de l'ordre juridique que les interprètes authentiques devraient concrétiser. Les droits fondamentaux, en tant que discours autonome, ont au contraire leur propre dynamique normative, avec des sources textuelles spécifiques et des processus de concrétisation effectifs.

**255.** La tendance au sein de l'ordre juridique français est d'ailleurs à la mention explicite de la source normative, la contextualisation interdiscursive se déployant directement dans le processus de signification des énoncés formels. Le sens des droits fondamentaux est prétendument fixé, plus ou moins, par l'écrit. Selon le Conseil constitutionnel, il résulte du préambule de la Constitution de 1946 que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »<sup>3</sup>, comme il découle des termes abstraits de l'article 4 de la DDHC qu'en « principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »<sup>4</sup>. Plus récemment, et alors que la pression d'autres discours sociaux se faisait plus forte, les juges de la rue de Montpensier ont pu déduire du préambule vague et déclaratif de la Charte de 2004, un objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement<sup>5</sup>. Il découle également du principe constitutionnel de fraternité, mentionné aux articles 2 et 72-3 de la Constitution ainsi qu'en son préambule, « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »<sup>6</sup>.

**256.** Finalement, le processus de concrétisation normative internalise le dialogue des raisons interdiscursives. Le discours de la fundamentalité, en tant qu'il se place concrètement

---

<sup>1</sup> Projet de rédaction de l'article 17 proposé par la Commission des questions juridiques et administratives (*Travaux préparatoires de l'article 17...*, préc., p. 70). Finalement c'est une rédaction semblable, quoique plus englobante, à celle de l'article 30 de la DUDH qui a été retenue (cf. P. Le Mire, « Article 17 », dans *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, p. 511).

<sup>2</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, préc.; R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2002, préc., d'après la mise en perspective de J. Habermas (*Droit et démocratie*, préc., p. 279).

<sup>3</sup> CC, 27 juil. 1994, préc.

<sup>4</sup> CC, 10 nov. 2016, préc.

<sup>5</sup> CC, 31 janv. 2020, préc.

<sup>6</sup> CC, 6 juil. 2018, n° 2018-717/718 QPC, § 8.

sur le terrain des valeurs et des finalités axiologiques d'une communauté politique, est spécialement soumis à l'attraction des autres discours sociaux<sup>1</sup>. Or, « comprendre le mode d'inscription du discours dans l'interdiscours, c'est accéder à l'identité de ce discours, et non s'en détourner »<sup>2</sup>. S'agissant des droits fondamentaux en particulier, « le sens est à la fois frontière et subversion de la frontière »<sup>3</sup>. La Cour EDH, toujours explicite sur son office, souligne que « dans une cause issue d'une requête individuelle, il lui faut se borner autant que possible, *sans oublier le contexte général*, à examiner les problèmes soulevés par *le cas concret* dont on l'a saisie »<sup>4</sup>. L'œuvre d'application de la fundamentalité est prise de cette tension entre pluralisme discursif et contingence juridique normative. Bien sûr, il est un concept juridique performant aux fins de stabiliser cette tension propre à l'interdiscursivité de la fundamentalité dans l'activité normative concrète, c'est l'abus de droit fondamental.

## § 2. Le concept de l'abus, une contextualisation interdiscursive au sein du processus de concrétisation des droits fondamentaux

*« La concrétisation est la réalisation créatrice de quelque chose qui n'est défini que selon son orientation ou selon son principe, caractérisé par son ouverture et nécessitant une détermination créatrice pour se transformer en norme applicable »<sup>5</sup>.*

**257.** Le phénomène d'interdiscursivité en matière de droits fondamentaux, qui plus est dans le cadre d'un contrôle concret où les faits jouent un rôle constitutif de la norme produite, a pu faire craindre une fragmentation du droit<sup>6</sup>. Encore ne faut-il pas confondre la pluralité des solutions concrètes selon la diversité des situations à régir, avec la désintégration des méthodes, concepts et autres principes constitutifs du discours juridique. Si les normes formulées en matière de droits fondamentaux sont relativement plurielles suivant la complexité du réel social auxquelles elles s'appliquent, les conditions de leur élaboration connaissent dans le même

---

<sup>1</sup> Il n'est d'ailleurs pas rare de voir des auteurs assimiler les droits fondamentaux à une branche de l'éthique (not. J.-J. Sueur, « Imprécision des droits de l'homme : quelle imprécision », dans *Précision et droits de l'homme*, préc., p. 28).

<sup>2</sup> D. Maingueneau, « Que cherchent les analystes du discours ? », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 9/2012, § 44.

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>4</sup> Cour EDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 7601/76 et 7806/77, § 53.

<sup>5</sup> « Très tôt, Hans Huber a signalé que la nécessité de concrétiser les droits fondamentaux conçus comme normes fondamentales – conséquence à la fois de leur validité universelle, de leur ampleur et de leur indétermination – ne doit pas être confondue avec la nécessité de les interpréter » (E. W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, p. 186 cité par J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 277).

<sup>6</sup> A.-J. Arnaud, « Regards croisés sur la notion de droit en contexte », *RIEJ* (vol. 70), préc., p. 50.

temps une stabilité vertueuse. Tel est le cas du concept de l'abus de droit fondamental, dont les propriétés essentielles sont invariables. Il s'agit d'un concept qui prend pour objet un fait social litigieux (A), puis le contextualise au regard du discours de la fundamentalité, et sa propension à l'interdiscursivité (B). Cette contextualisation logique *significative* est finalement sanctionnée, dans le langage juridique, par *le recours ou le non-recours* à la notion de l'abus de droit fondamental (C).

#### A. Le concept de l'abus de droit ou l'attention portée à un fait social

**258.** « **Taking facts seriously** »<sup>1</sup>. L'observation du droit positif a révélé que le concept de l'abus de droit n'avait en réalité pas pour objet le droit, mais le fait. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre le libellé de l'article 17 de la Convention EDH, rédaction topique des sources normatives internationales de l'abus de droit fondamental :

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou 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 »<sup>2</sup>.

L'abus, en droit, est le *procès d'un fait social*. Ce fait est dit social simplement parce qu'il s'adresse à autrui, qui doit le réceptionner<sup>3</sup>. Une telle manifestation du comportement humain témoigne aussi d'une forme de spontanéité, d'intentionnalité, comme un accès au monde vécu de son initiateur<sup>4</sup>. Comme le droit en général, les droits fondamentaux sont affaire de relations sociales. Et l'usage de ces droits, objet réel de l'abus, est voué à autrui. Que l'on songe, outre les droits collectifs, à la liberté d'expression bien sûr, mais aussi au droit à la vie, à la liberté de conscience et de religion (*forum externum*), au droit à la vie privée, au droit au recours...

---

<sup>1</sup> W. Twining, *Law in Context: Enlarging a Discipline*, OUP, 1997, 372 p.

<sup>2</sup> *Nous soulignons*. En France, les *Travaux de la Commission de réforme du Code civil* de 1950-1951 prévoyait un article relatif à l'abus de droit ainsi rédigé : « tout *acte* ou tout *fait* qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi et engage éventuellement la responsabilité de son auteur » (Paris, Librairie du Recueil Sirey, p. 26, *nous soulignons*).

<sup>3</sup> J. Benoist, « synthétique a priori et normativité », préc., p. 43.

<sup>4</sup> Une « spontanéité, en ceci que le Je lui-même se révèle être l'initiateur de l'acte » (A. Reinach, *Grundlagen*, p. 38 cité par E. Picavet, « Formes sociales et actes sociaux. L'originalité du point de vue de Reinach », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie* préc., p. 191).

L'exercice des droits fondamentaux, pour ce qui est des facultés de leurs bénéficiaires, consiste en des faits qui s'adressent à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, voire à la société dans son ensemble. En droit, cependant, selon une perspective normative, le fait social n'est pas donné. Il est traduit dans le langage juridique, et en cela, *juridiquement conçu*. « Ce qu'on appelle ordinairement un fait, ce n'est pas la réalité telle qu'elle apparaît à une intuition immédiate, mais une adaptation du réel aux intérêts de la pratique et aux exigences de la vie sociale »<sup>1</sup>. Le fait, bien que réel à l'évidence, est conçu en droit selon son appréhension épistémique par l'ordre discursif. Il est donc subordonné à une signification normative antérieure, et en cela, *pré-jugé*<sup>2</sup>. Autrement dit, le fait est rendu présent à la compréhension en droit et par le droit. Le discours juridique relate les faits à sa mesure<sup>3</sup>, ceux-ci deviennent disposés à la régulation, comme si, naturellement, les faits et le droit se recevaient mutuellement.

**259.** *Au plus près des faits*, le concept de l'abus de droit s'épanouit logiquement dans le cadre d'un contrôle concret. Il est certain que les critères systématisés par la doctrine pour caractériser l'abus de droit – l'intention de nuire, le détournement de prérogatives, la faute dans l'usage, etc. – n'ont pas pour objet le droit en tant que norme, langage ou énoncé, mais bien une pratique sociale, un usage, un fait. Du reste, on l'a vu, le concept de l'abus s'intéresse au fait social qui se *porte candidat* à la validité juridique en tant qu'exercice d'un droit<sup>4</sup>. Ce fait social peut être l'œuvre d'un particulier ou d'un groupement. Bien sûr, et nous aurons l'occasion d'y revenir<sup>5</sup>, ces deux types de destinataires des normes juridiques n'ont pas le même pouvoir liberticide. Ils ne représentent pas, en particulier, le même danger pour la société démocratique. Quoi qu'il en soit, tout fait social dont l'auteur prétend qu'il consiste en l'exercice d'un droit fondamental est contextualisé en vertu du concept de l'abus, bien que cette œuvre contextualiste soit généralement implicite dans la pensée du droit et invisible au langage juridique. Le concept de l'abus de droit fondamental ne se manifeste formellement que lorsque

---

<sup>1</sup> H. Bergson, *Matière et mémoire*, dans *Œuvres*, textes annotés par A. Robinet, Paris, PUF, 1959, p. 319 cité par J. Bouveresse, « Philosophie du langage et de la connaissance », *Leçon inaugurale au Collège de France*, préc.

<sup>2</sup> Y. Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 1998/5, n° 102, p. 22.

<sup>3</sup> P. Thévenin, *Le Monde sur mesure. Une archéologie juridique des faits*, Classiques Garnier, 2017, 355 p.

<sup>4</sup> C'est bien la prétention et non le droit lui-même qui est susceptible d'abus. Ainsi, dans un ouvrage sur l'abus de droit, le concept est défini comme « authorities and individuals *claim* human (fundamental) rights and the rule of law in ways that violate the fundamental rights of other people » (*Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights* A. Sajó (dir.), préc., p. 1, nous soulignons).

<sup>5</sup> *Infra.* §§ 328 et s.

le fait social en question est litigieux. Alors même que la contextualisation interdiscursive, caractéristique du concept de l'abus, rend compte de la signification du fait social en droit.

*B. Le concept de l'abus de droit fondamental ou la contextualisation interdiscursive du fait social*

« Il n'y a pas de frontière sans fantasme de transgression »<sup>1</sup>.

**260.** L'abus de droit a dès le départ été associé à « l'idée morale »<sup>2</sup> dans le droit. Le concept révélerait le « conflit entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral »<sup>3</sup>. Quelques-uns des premiers défenseurs de la théorie de l'abus de droit arguaient d'ailleurs que la distinction entre droit et morale n'existe que dans l'imaginaire des juristes<sup>4</sup>. Mais cette assertion est fautive. Sans développer plus avant ce qui mérite des réflexions bien plus précises<sup>5</sup>, et par ailleurs connues de la science du droit, il est certain que le discours juridique ne s'assimile pas à un ordre de valeurs morales ne serait-ce que parce que le premier a un caractère contraignant à l'échelle de la société dans son ensemble, sa validité est binaire – les normes juridiques sont valides ou non valides, tandis que les valeurs ont le caractère de « préférences intersubjectivement partagées »<sup>6</sup>, reposant sur l'attractivité plus que sur la contrainte, et dont la validité, mais aussi la factualité sociale, est nécessairement plus relative. En même temps, le phénomène d'interdiscursivité au sein de la fondamentalité révèle que la spécificité du discours juridique, si elle est formelle, institutionnelle et logique, ne l'est pas nécessairement, et en tous

---

<sup>1</sup> V. Stoichita, « Textes, textures, images », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 25 janv. 2018.

<sup>2</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1949, n° 89. Ce que revendiquait effectivement le père de la théorie de l'abus de droit, L. Josserand, qui voyait dans la norme juridique un *impératif moral obligatoire* (*De l'esprit des droits et de leur relativité...*, préc., n° 221). Pour J. Dabin, également, « en accueillant la notion d'abus, le droit légal s'ouvre sur la moralité, qui vient l'aérer, l'humaniser, l'individualiser aussi, dans ce qu'il a de trop abstrait et de trop technique. D'un mot, la théorie de l'abus représente le correctif de moralité que postule la légalité » (J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., p. 294).

<sup>3</sup> R. Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français...*, préc., p. 23.

<sup>4</sup> D. Deroussin, « Préface » dans L. Josserand, *De l'esprit des droits...*, préc.

<sup>5</sup> Cf. not. M. Cottureau, *La séparation entre droit et morale. Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, thèse dactylographiée, UT1 Capitole, 2018 ; M. Carpentier, « Un slogan pour une étiquette ? Sur la séparation du droit et de la morale », dans *Mélanges en l'honneur de Jean-François Kervégan* G. Marmasse, E. Aubert, E. Djordjevic (dir.), Paris, Presses de la Sorbonne, 2020.

<sup>6</sup> « Par conséquent, les normes et les valeurs se distinguent, 1° par leur rapport à l'action obligatoire ou à l'action téléologique ; 2° par le codage binaire ou le codage graduel de leur prétention à la validité ; 3° par leur force d'engagement absolue ou relative ; et 4° par les critères auxquels doit satisfaire la cohérence des systèmes de normes ou celle des systèmes de valeurs » (J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 278).



points, sur le plan matériel. L'œuvre contextualiste du concept de l'abus de droit ne se réduit toutefois pas à un enjeu de moralité sociale. On l'a vu, cette contextualisation interdiscursive peut impliquer des considérations politiques<sup>1</sup>, économiques<sup>2</sup>, éthiques<sup>3</sup>, voire esthétiques<sup>4</sup>. De ce point de vue, le concept de l'abus de droit sert l'interdiscursivité du discours de la fondamentalité lui-même, en fixant l'enjeu du dialogue des discours au sein du processus normatif concret. Le contrôle concret appréhende justement la nature du fait litigieux, mais aussi ses effets sociaux d'un point de vue empirique ou représentationnel<sup>5</sup>. À ce niveau, se révèlent les *antinomies axiologiques*<sup>6</sup> dépendantes de la structure des mondes vécus par les interprètes du discours juridique. Pour la Cour de cassation italienne :

« les éléments constitutifs de l'abus de droit – reconstitués par des contributions doctrinales et jurisprudentielles – sont les suivants : 1) la propriété d'un droit subjectif par un sujet ; 2) la possibilité que l'exercice concret de ce droit puisse être effectué selon une pluralité de modalités qui ne sont pas rigidelement prédéterminées ; 3) *la circonstance que cet exercice concret, même s'il respecte formellement le cadre attributif de ce droit, soit effectué d'une manière censurable par rapport à un critère d'évaluation juridique ou extrajuridique* ; 4) la circonstance que, du

---

<sup>1</sup> Les enjeux politiques à préserver la liberté d'expression dans une société démocratique (*supra*. §§ 159 et s.).

<sup>2</sup> Les enjeux économiques à lutter contre les abus de marché, de majorité, de position dominante, de dépendance économique, (*supra*. §§ 194 et s.).

<sup>3</sup> Les enjeux éthiques liés aux notions de bonne foi, de loyauté ou d'équité dans les relations juridiques (*supra*. §§ 181 et s.). Pour un juge à la Cour de Strasbourg « une Cour des droits de l'homme qui conclut qu'une autorité a agi de manière "prévue par la loi", alors que cette dernière ne se trouvait à l'évidence pas du côté de l'état de droit, remet encore plus gravement en cause l'échelle de valeurs établie en matière d'éthique » (*Opinion séparée du juge Bonello* sous l'arrêt Cour EDH, 18 janv. 2001, *Chapman c/Royaume-Uni*, préc., § 8).

<sup>4</sup> Une certaine esthétique du langage dans la formulation du recours, comme le fait de ne pas insulter les juges de la Cour EDH lorsqu'on la saisit. Ainsi, l'abus de droit au recours est applicable « in cases where an applicant used particularly vexatious, contemptuous, threatening or provocative language in his communication with the Court » (Cour EDH, 16 juil. 2019, *Zhdanov et a. c/Russie*, n° 12200/08 et a., § 80), notamment lorsque le requérant « published the judges' photographs with such captions as "alcoholic", "drug addict", "corrupt", and "this crone owes me 100,000 euros ... God will punish her". He also called the judges, among other terms, "European bastards and degenerates", "freaks", "venal scum" and "idiotic". He wished that they would "snuff it as soon as possible like dogs", threatened to "torture [them] ... with litres of vodka" and announced that "it [was] time to set fire to the European Court of Human Rights". He also stated: "We should not have given wenchies the right to vote ... They should be cooking soup" » (*ibid.*, § 83).

<sup>5</sup> Cour EDH, *Perinçek c/Suisse*, préc., § 220 : « Comme dans le cas des "discours de haine", l'appréciation par la Cour de la nécessité d'ingérences dans l'expression de propos concernant des événements historiques s'opère aussi dans une large mesure au cas par cas et est fonction des effets combinés de la nature et des répercussions potentielles des propos ainsi que du contexte dans lequel ils ont été tenus ».

<sup>6</sup> R. Guastini, *La sintassi del diritto*, préc., pp. 285 et s. cité par V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés...*, préc., p. 315.

fait d'une telle méthode d'exercice, il existe une disproportion injustifiée entre le bénéfice du titulaire du droit et le sacrifice auquel est soumis l'autre partie »<sup>1</sup>.

Si l'on peut se défaire de la représentation du droit subjectif comme propriété d'un sujet, il est intéressant dans les dires de la Haute juridiction italienne que l'exercice concret d'un droit, ne pouvant être prédéterminé, puisse faire l'objet d'une appréhension interdiscursive en vue d'éviter les effets disproportionnés, notamment au sein d'une relation intersubjective, mais aussi, en fait, eu égard à la société dans son ensemble. Le concept de l'abus de droit agit dans un cadre normatif pratique, au service de la finalité du discours juridique, telle qu'elle est présentée ici sous l'angle de la juste proportion<sup>2</sup>. Aussi, et à l'image de ce que l'interprète authentique nomme en l'occurrence « critère d'évaluation juridique ou extrajuridique », les représentations normatives convoquées par le concept de l'abus de droit fondamental ne se réduisent évidemment pas à des contenus cognitifs ayant pour origine d'autres discours que le droit. Il est aussi affaire de présupposés théoriques que de savoir ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas. Une fois libéré de cette « ontologie clivante »<sup>3</sup>, l'on peut supposer que le discours de la fondamentalité a lui-même une forte propension à l'interdiscursivité eu égard à ses propres prétentions axiologiques. L'abus de droit fondamental consiste alors en une contextualisation concrète du fait social à l'aune du phénomène de la fondamentalité largement entendu.

**261.** La Cour EDH, encore elle, explicite les valeurs objectivement connaissables de la Convention telles qu'elles résultent en particulier du préambule<sup>4</sup>, et que le concept d'abus contribue à préserver. Ces valeurs spécialement protégées sont la justice et la paix<sup>5</sup>, le caractère démocratique des régimes politiques<sup>6</sup>, le règlement pacifique des conflits internationaux et le caractère sacré de la vie humaine<sup>7</sup>, la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination<sup>8</sup>, l'égalité entre les femmes et les hommes<sup>9</sup>, ou encore la coexistence, hors de toute ségrégation

---

<sup>1</sup> Cassazione, Sez. III, 18 sept. 2009, n° 20106, préc., *nous soulignons*.

<sup>2</sup> Ce qui rejoint la perspective discursive selon laquelle la logique de proportionnalité est inhérente à la fondamentalité (*supra.* §§ 108 et s.).

<sup>3</sup> D. Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels (à propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* [en ligne], 2013, n° 11, p. 8.

<sup>4</sup> Cour EDH [GC], 16 juin 2015, *Delfi AS c/Estonie*, n° 64569/09, § 136.

<sup>5</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc. ; *Garaudy c/France* (déc.), préc.

<sup>6</sup> Cour EDH, *Ždanoka c/Lettonie*, préc., § 98 et s. ; *Refah Partisi et a. c/Turquie*, préc., § 99.

<sup>7</sup> Cour EDH, *Hizb ut-Tahrir et a. c/Allemagne*, préc., § 74 ; *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc., § 106.

<sup>8</sup> Cour EDH, *Pavel Ivanov c/Russie*, préc. ; 16 nov. 2004, *Norwood c/Royaume-Uni* (déc.), n° 23131/03.

<sup>9</sup> Cour EDH, *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc., § 110.

raciale, des membres composant la société<sup>1</sup>. Ainsi, en matière de liberté d'expression et lorsque l'action conceptuelle de l'abus est formalisée, « un propos dirigé contre les *valeurs* qui sous-tendent la Convention se voit soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 »<sup>2</sup>. Les valeurs explicitement convoquées dans le discours du juge prennent une telle place que la Cour EDH ne prend pas toujours la peine de préciser les droits conventionnels effectivement atteints par le fait litigieux ni les restrictions plus amples qu'il impliquerait<sup>3</sup>. Autrement dit, ces valeurs sont immédiatement normatives dans le discours de la fundamentalité sans qu'il soit toujours besoin de les reconfigurer sous un appareil notionnel strictement juridique, tel qu'un droit subjectif ou une norme objective de limitation.

**262.** Instrument de « socialisation du droit »<sup>4</sup>, le concept de l'abus rationalise le phénomène interdiscursif dans le processus normatif concret. L'abus de droit fondamental opère précisément comme principe de « médiation entre l'éthique, le juridique et le politique »<sup>5</sup>. Au sein du processus normatif concret, il lie les fonctions de signification contextuelle des droits et d'argumentation juridique selon un mode de rationalité pratique. La référence aux valeurs n'est pas cantonnée à l'irrationnel ou à l'émotionnel<sup>6</sup>, mais intègre au contraire une méthodologie normative complexe. Le concept de l'abus de droit fondamental confronte ainsi une appréciation *in globo* du comportement du requérant à une lecture *in globo* du discours de la fundamentalité, et sa propension elle-même interdiscursive. Le fait social litigieux n'est pas appréhendé selon une norme étroite et particulière, mais eu égard à l'état général du discours de la fundamentalité dans son ensemble. Bien sûr, telle qu'elle est mise en lumière par la structure contentieuse, la situation concrète ne soulève des enjeux juridiques que pour certains droits fondamentaux, revendiqués par le destinataire. Néanmoins, suivant les orientations définies par les droits applicables, c'est tout un discours qui se réalise, une infrastructure et une dogmatique particulières, des principes logiques et des règles constitutives. Simplement, la

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 9 déc. 2013, *Vona c/Hongrie*, n° 35943/10, § 57.

<sup>2</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc., § 33.

<sup>3</sup> Contrairement à ce que commande une lecture littérale de l'article 17. Ainsi, « une attaque aussi générale et véhémente contre un groupe ethnique particulier est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10 ». (Cour EDH, *Pavel Ivanov c/Russie* (déc.), préc.).

<sup>4</sup> L. Campion, *La Théorie de l'abus des droits*, Paris/Bruxelles, 1925, p. 228.

<sup>5</sup> M. Delmas-Marty, « Un nouvel usage des droits de l'homme », dans *Éthique médicale et droits de l'homme*, Actes SUD, 1988, p. 315.

<sup>6</sup> Cf. not. O. Jouanjan, « Ernst-Wolfgang Böckenförde et la légitimité de l'état sécularisé », *Droits*, 2014/2, n° 60, pp. 117-136.

prétention du destinataire des normes juridiques doit respecter les conventions du discours de la fondamentalité dans son ensemble. Le concept de l'abus intervient à ce moment où, avant même l'examen des ingérences au droit revendiqué, le fait litigieux est juridiquement appréhendé aux fins de savoir s'il peut constituer une telle revendication, s'il peut *se prévaloir du discours de la fondamentalité*. Il faut préciser, enfin, que la différenciation entre les types de discours a une visée essentiellement théorique et pédagogique. Elle a pour but d'identifier la mécanique conceptuelle de l'abus de droit fondamental. En pratique, l'interprète authentique ne distinguera pas dans son argumentation la nature des faits discursifs mobilisés.

**263.** Prenons un exemple pour tenter de rendre ces suppositions plus claires. Dans l'affaire *M'Bala M'Bala c/France*, la Cour EDH devait se prononcer sur l'application de la liberté d'expression à propos d'un spectacle réalisé par un humoriste de profession, au terme duquel, notamment, un négationniste notoire se voyait remettre le « prix de l'infrequentabilité et de l'insolence ». La mise en scène impliquait des références explicites à la déportation et à l'extermination des Juifs durant la Seconde Guerre mondiale, et débutait par les propos du requérant qui, se prévalant d'avoir antérieurement organisé « le plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale », souhaitait « faire mieux cette fois-ci ». La Cour de Strasbourg, comme à son habitude, apprécie les faits « à la lumière des circonstances et de l'ensemble du contexte de l'affaire »<sup>1</sup>. Le *contenu*, la *tonalité générale* et le *but* du « sketch » ne font pas douter le juge de sa teneur antisémite, tandis que l'ensemble du contexte factuel aggrave cette considération : le requérant n'est pas qu'un humoriste, il s'est aussi engagé en politique en se portant candidat à des élections. En outre, il a déjà été condamné pour injure raciale. Cette appréciation *in globo* du comportement du requérant, qui lui est d'ailleurs défavorable, oriente l'interprétation du droit fondamental pertinent : « la soirée avait perdu son caractère de spectacle de divertissement pour devenir un meeting »<sup>2</sup>. Effectivement, le juge avait préalablement rappelé la dogmatique pertinente en matière de liberté d'expression, son caractère éminent et essentiel dans une société démocratique, ainsi que l'attention toute particulière qu'il faut porter à l'ingérence dans ce droit fondamental lorsqu'il est exercé par un artiste, tant la satire, « forme d'expression artistique et de commentaire social », « vise naturellement à provoquer et à agiter »<sup>3</sup>. Or, la dialectique de la connaissance des faits et de la connaissance de la norme amène le juge à dénier au requérant la qualité d'artiste dans cette

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc., § 37.

<sup>2</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 31.

affaire, qui eut pu s'exprimer par le biais de la satire, de l'humour et de la provocation. Au contraire, appuyée sur les dispositions interdiscursives de la fundamentalité, la Cour « ne saurait accepter que l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule, à savoir la justice et la paix, soit assimilée à un spectacle, même satirique ou provocateur, qui relèverait de la protection de l'article 10 de la Convention »<sup>1</sup>. En vertu de l'article 17, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10. Aux termes de la contextualisation interdiscursive signifiée par le concept de l'abus de droit, l'auteur du fait social litigieux ne peut se prévaloir du discours de la fundamentalité ; ce fait ne constitue pas, en l'occurrence, l'exercice du droit fondamental à la liberté d'expression.

**264.** *In fine*, le concept de l'abus de droit fondamental œuvre à la *finalité discursive* de la fundamentalité, en termes de *normativité pratique et symbolique*. Il s'agit de produire à la fois des normes juridiques concrètes en matière de droits fondamentaux et de déployer un contenu informatif selon lequel le discours de la fundamentalité a vocation à préserver le *système des droits*, la société démocratique et les valeurs qui lui sont inhérentes. À cette fin, la contextualisation interdiscursive du fait social prétendant à la validité juridique est sanctionnée dans le langage du droit par la reconnaissance ou le refus de reconnaissance de la qualification « droit fondamental » au fait considéré.

### *C. La notion de l'abus de droit fondamental en tant que sanction du processus de contextualisation interdiscursive*

**265.** Le concept de l'abus de droit fondamental décrit donc le phénomène de contextualisation interdiscursive du fait social dont le destinataire des normes prétend qu'il est l'exercice d'un droit fondamental. Ce phénomène juridique peut avoir deux conséquences logiques :

(1) Soit le fait social « passe le test contextualiste » : il est alors valide d'un point de vue juridique et constitue l'usage d'un droit fondamental. La sanction de cette contextualisation peut être dite *positive*.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, § 39.

(2) Soit le fait social « ne passe pas le test contextualiste » : il est un usage invalide du droit fondamental allégué, et n'en constitue donc pas l'exercice d'un point de vue juridique. La sanction de cette contextualisation peut être dite *négative*.

La *notion* de l'abus de droit fondamental correspond à cette sanction négative (2) du processus contextualiste dans le langage juridique. Elle stigmatise le fait social invalide en tant que droit eu égard à la contextualisation pragmatique dont il a fait l'objet. Partant, la contextualisation interdiscursive est elle-même normative au sein du processus normatif concret. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, cette sanction négative correspond à l'invocation de l'article 17 et au rejet de la requête comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. L'usage de la notion de l'abus de droit fondamental par la Cour de Strasbourg reste rare et exemplaire, tant la dogmatique du discours de la fondamentalité associe cet usage à une déchéance des droits<sup>1</sup>. L'image est forte, sans doute symbolique et pédagogique. Il s'agit de faire montre d'intransigeance envers les actes qui vont à l'encontre des fondements de l'ordre juridique, dissuadant ainsi les destinataires des normes qui seraient tentés par l'instrumentalisation du discours de la fondamentalité en vue de porter atteinte aux valeurs auxquelles il est pourtant objectivement lié<sup>2</sup>.

**266.** Si la représentation de la déchéance exprime correctement l'idée selon laquelle le fait litigieux ne consiste pas en l'exercice d'un droit, elle est cependant problématique d'un point de vue cognitif. Elle laisse à penser que le destinataire des normes juridiques *perd* un droit<sup>3</sup>. Aussi, l'interprète authentique se retrouve dans l'obligation de préciser que la déchéance du droit dont il est fait abus n'ôte en aucune façon la protection générale conférée par la fondamentalité dans son ensemble<sup>4</sup>. Tout cela est inutilement complexe. Ce n'est pas « le droit [qui] ne vaut plus droit »<sup>5</sup> ou la « rétrogradation du droit »<sup>6</sup>, puisque, au contraire, *le fait social abusif n'a jamais constitué l'exercice d'un droit*. Tel est l'intérêt du concept de l'abus, qui a

---

<sup>1</sup> *Supra*. §§ 167 et s.

<sup>2</sup> « Ce principe [la notion de l'abus de droit] consiste à décourager fermement de promouvoir des valeurs dangereuses pour celles consacrées par la Convention. (...) [L]es autorités françaises, avec leur connaissance intime des contextes historique et contemporain, pouvaient légitimement avoir à cœur de montrer que le racisme et, en particulier, l'antisémitisme, ne doivent pas être cautionnés » (*Opinion dissidente* commune aux juges M. Foighel, M. Loizou et Sir John Freeland sous l'arrêt Cour EDH, *Lehideux et Isorni c/France*, préc., § 6).

<sup>3</sup> Cf. « Déchéance », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* [en ligne], cons. juin 2019.

<sup>4</sup> Not. Commission EDH, 19 déc. 1959, *Lawless c/Irlande*, préc.

<sup>5</sup> P.-E. Moysse, « L'abus de droit : l'anténorme. Partie 2 », *Revue de droit de McGill* (vol. 58), 2012, n° 1, p. 4.

<sup>6</sup> *Idem*.

pour objet le fait. Il dénie, à la prétention factuelle irrecevable, la possibilité d'invoquer le discours de la fundamentalité. Il s'agit donc moins de retirer un droit que d'en refuser la reconnaissance. Cet ordre logique bien compris est d'ailleurs plus conforme à la représentation d'un système juridique en général. Ainsi, un organe d'application du droit *ne retire pas* des droits subjectifs, qui plus est fondamentaux, aux destinataires des normes juridiques. Il n'est pas habilité à refuser l'exercice de facultés d'action juridiquement valides, et même particulièrement protégées par le discours juridique. L'organe d'application du droit, dans son activité normative pratique, se contente de signifier concrètement les faits de la cause, en miroir du droit applicable. Or, *la notion de l'abus de droit fondamental est justement cette signification normative du fait social litigieux en tant qu'il ne constitue pas l'exercice d'un droit fondamental*. Du reste, cette action signifiante, objet du concept de l'abus, ne dépend pas seulement d'une contextualisation interdiscursive. Elle résulte également d'une contextualisation de nature plus strictement intersubjective.

## **Section 2. L'abus de droit fondamental est la contextualisation intersubjective du fait social prétendument exercice d'un droit fondamental**

267. Dans ce processus de contextualisation complexe qui caractérise le concept de l'abus de droit fondamental, le fait social litigieux n'est pas seulement appréhendé au regard des dispositions objectives de la fundamentalité à l'interdiscursivité. Il est aussi examiné, concrètement, eu égard aux considérations intersubjectives qui sont inhérentes au discours des droits fondamentaux. L'exercice d'un droit fondamental consiste effectivement en un fait social qui s'adresse à autrui. Le discours de la fundamentalité (§ 1), et avec lui le concept de l'abus de droit (§ 2), ménagent cette structure relationnelle des droits. Les droits fondamentaux qui, loin de former une « série de sphères de liberté, délimitées comme les cages d'une ménagerie, entourée de barreaux pour que des bêtes féroces ne puissent s'entre-dévorer »<sup>1</sup>, expriment, au contraire, l'ontologie relationnelle du social. En droit, le monde vécu par les destinataires des normes est un monde partagé, dans lequel le discours juridique fait figure de référence commune.

---

<sup>1</sup> R. v. Jhering, *L'évolution du droit*, préc., p. 355.

## § 1. La dimension relationnelle des droits fondamentaux

« *Au commencement est la relation. La personne humaine apparaît quand elle entre en relation avec une autre personne* »<sup>1</sup>.

**268.** Les esquisses théoriques nous ont déjà orientés vers la nature relationnelle des droits fondamentaux<sup>2</sup>. La liberté en droit est une liberté de rapports, qui intègre l'enjeu des limites au sein même du concept de droit subjectif. Pour les droits fondamentaux en particulier, la dimension relationnelle se manifeste au regard de leurs destinataires, lesquels forment ensemble une communauté de discours (A). L'ontologie relationnelle *des* droits se déploie au sein du discours, lequel fait aussi le lien *entre* les droits (B).

### A. Les destinataires des droits fondamentaux, une communauté de discours

**269.** Le destinataire des normes juridiques n'est pas envisagé de manière isolée, individuelle ou asociale. Au contraire, l'enjeu relationnel est inhérent au concept de personne humaine en droit<sup>3</sup>. La responsabilité en résultant, notamment intersubjective dans l'usage des droits, est directement intégrée au concept de personnalité juridique, en tant que « responsabilité d'avant la responsabilité »<sup>4</sup>. L'étymologie est ici significative : *respondere*, celui qui répond, mais aussi celui qui prend sur lui<sup>5</sup>. Le concept de responsabilité, socle sur lequel se déploie

---

<sup>1</sup> M. Buber, *Je et tu* (1923), trad. G. Bianquis, préf. G. Bachelard, Aubier, 1938, 173 p.

<sup>2</sup> *Supra*. §§ 204 et s.

<sup>3</sup> X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, préc. : « Le développement des références faites en droit positif au concept de personne humaine s'analyse (...) comme la construction progressive d'un concept juridique autonome et nouveau qui tend à guider le jeu et les enjeux du droit en configurant la personnalité juridique de telle manière que le sujet de droit se trouve contextualisé à la fois dans un corps et dans un positionnement social » (p. 886). « Le concept de personne humaine concentre ainsi les enjeux d'une régulation juridique des choix individuels, oscillant entre la consécration sans faille de la subjectivité du sujet individuel et l'intégration objective du collectif dans la construction de cette subjectivité même. Plutôt que de limiter la liberté par des normes spécifiques, les ordres juridiques optent pour l'inscription du respect de principes fondamentaux au sein du sujet individuel lui-même » (p. 6). De manière générale en sciences humaines et sociales, il convient de prendre acte « de la dimension relationnelle de la construction subjective, authentifiée par la culture : considérer la structure de base, *le nouage de l'image du corps et du mot* » (P. Legendre, « Anthropologie dogmatique. Définition d'un concept », dans *École pratique des hautes études*, préc., p. 35).

<sup>4</sup> Ce qui rejoint la disposition à la personnalité chez Kant (G. Stexhe, « Devoir, Pouvoir ? La responsabilité dans les limites de la simple humanité », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 121). Cf. égal. *La Personnalité juridique* X. Bioy (dir.), préc.

<sup>5</sup> « *Re-sponsor* » [celui qui prend sur lui] (F. Ost, S. Van Drooghenbroeck, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », préc., p. 19). P. Ricœur renvoie prioritairement, dans la recherche du concept fondateur de responsabilité, au champ sémantique du verbe *imputer* et sa construction conceptuelle par Kant dans *La Critique de la raison pure* (« Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, n° 206, pp. 28-



l'être propre de l'humain<sup>1</sup>, et donc sa dignité, est de nature relationnelle. En droit, la considération intersubjective, directement intégrée à une représentation socialisée du destinataire des normes, permet également la survivance des valeurs individualistes<sup>2</sup>, par lesquelles la philosophie des droits de l'homme a pu émerger.

**270.** Les déclarations de droits font explicitement référence à la responsabilité des bénéficiaires, parfois leurs devoirs<sup>3</sup>. La liberté accomplie par le sujet de droit est l'expression

---

48, spéc. p. 33). Or, Kelsen voit bien que « [l']imputation désigne une relation normative : c'est une relation et rien d'autre qu'exprime le terme *sollen* lorsqu'il est utilisé dans une loi morale ou dans une loi juridique » (*Théorie pure du droit*, préc., p. 124).

<sup>1</sup> G. Stexhe, « Devoir, Pouvoir... », préc., p. 129.

<sup>2</sup> « Si l'on prête foi aux analyses attestant de la présence d'une forte intersubjectivité du sujet du droit moderne l'analyse pourra conclure à une simple évolution tendant à réintroduire le collectif au cœur du sujet de droit afin de préserver les valeurs communes fondées sur l'individualisme » (X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, préc., p. 45).

<sup>3</sup> Le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce ainsi que « la jouissance de ces droits [prévus par la Charte] entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures ». La responsabilité est justement ce complexe dynamique de droits et de devoirs. La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme prévoit elle, comme son intitulé l'indique, un certain nombre de devoirs de la personne. Devoirs envers sa famille (art. XXX), devoirs envers la société (art. XXIX), mais également devoirs envers soi-même (art. XXXI et s.). De manière plus succincte et alors que le terme « devoir » ne figure pas dans l'intitulé, la Convention américaine relative aux droits de l'homme expose, en son article 32 dénommé *corrélation entre droits et devoirs*, que « Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité ». Le préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques fait également une référence aux devoirs individuels envers autrui et envers la collectivité, tout comme la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (chap. II). Certaines constitutions nationales font référence aux devoirs ou responsabilités du citoyen comme la Constitution irlandaise (art. 9, § 3) ou la Constitution Suisse (art. 6). L'idée que la Convention EDH fasse référence aux devoirs de l'Homme a aussi germé chez ses rédacteurs : « En établissant nos droits, établissons aussi nos devoirs ; en proclamant nos libertés, proclamons aussi notre décision de les défendre et de les garder en sûreté. En gravant sur du granit la charte de l'homme européen, ne soyons pas unilatéraux : faisons-en un véritable évangile, qui comporte aussi des obligations également sacrées (...). C'est pourquoi j'ai l'honneur de proposer à l'Assemblée qu'avant notre prochaine session soit inscrite à notre ordre du jour la question des devoirs de l'homme européen » (M. Maccas, C.R., 1949, II, pp. 443 et 445, Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Strasbourg, 5 mars 1975). Il a toutefois été considéré qu'une telle référence aurait jeté le trouble sur la déclaration de droits naissante, sans compter son utilisation instrumentale par des États parties à la Convention au moment où certains d'entre eux n'inspiraient pas une confiance libérale aveugle. En 1789 aussi, il eut été défendu une déclaration de devoirs. Pour l'Abbé Grégoire, figure de la révolution : « il est essentiel de faire une déclaration des devoirs pour retenir les hommes dans les limites de leurs droits ; on est toujours porté à les exercer avec empire, toujours prêts à les étendre ; et les devoirs, on les néglige, on les méconnaît, on les oublie » (cité par S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, préc., p. 163). M. Gandhi a lui exprimé l'idée selon laquelle, « la véritable source des droits est le devoir. Si nous nous acquittons tous de nos devoirs, le respect de nos droits sera facile à obtenir. Si, négligeant nos devoirs, nous revendiquons nos droits, ils nous échapperont. Tels des feux follets, plus nous les poursuivrons, plus ils s'éloigneront de nous » (*Le droit d'être un homme : recueil de textes J. Hersch* (dir.), Paris, UNESCO [en ligne], 1968, p. 24). La DDHC évoque tout de même les devoirs de l'Homme dans son préambule : « Les Représentants du Peuple français (...) ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente

de son autonomie autant que de sa responsabilité. Ne serait-ce qu'eu égard à la considération de ses destinataires, la liberté juridique est immédiatement conventionnelle. Tel est le sens de l'article 4 de la DDHC<sup>1</sup>. Dans le fameux arrêt *Handyside*, après la pétition de principe sur la liberté d'expression largement citée, la Cour EDH précise, et c'est moins rappelé, que « quiconque exerce sa liberté d'expression assume “des devoirs et des responsabilités” dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé »<sup>2</sup>. Cette responsabilité peut être particulière en fonction du contexte relationnel, ainsi en est-il de l'enseignant à l'université<sup>3</sup> ou du salarié dans une entreprise<sup>4</sup>. La philosophie des droits de l'homme s'est effectivement construite autour de cette dialectique complexe entre l'autonomie et la responsabilité. Du reste, l'individu n'est pas seulement libre et responsable, il est également un être vulnérable<sup>5</sup>, susceptible d'agir en droit contre ses intérêts, et que l'ordre juridique a aussi pour vocation de protéger<sup>6</sup>. Liberté, responsabilité, vulnérabilité, c'est *l'identité*<sup>7</sup> individuelle

---

à tous les Membres du corps social leur rappelle sans cesse leurs droits et *leurs devoirs* ». La Constitution de l'an III avait pour préambule une Déclaration des droits *et des devoirs* de l'homme, qui prévoyait notamment que : « Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les cœurs : Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir » (art. 2 (Devoirs)). La question des déclarations de devoirs et de leur pertinence normative s'est régulièrement posée, notamment en ce qu'elles pourraient constituer un complément significatif aux déclarations de droits. À dire vrai, l'actualité de la question est souvent fonction de la conjecture des valeurs (cf. sur ce point M. Verdussen, S. Depré, T. Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., pp. 267 et s.). De surcroît, la notion d'obligation est plus conforme à une démarcation discursive du droit, tandis que le terme « devoir » rappelle par trop le discours moral. Pour J. Rivero, « la contrepartie des droits, au point de vue juridique, ce ne sont pas des devoirs, mais des obligations » (*Les libertés publiques*, I. Les droits de l'homme, Paris, PUF, 1973, p. 74).

<sup>1</sup> « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

<sup>2</sup> Cour EDH, *Handyside c/Royaume-Uni*, préc., § 49. Selon l'énoncé du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention EDH.

<sup>3</sup> Cour EDH, 7 juin 2011, *Gollnisch c/France* (déc.), n° 48135/08.

<sup>4</sup> Cour EDH, 22 fév. 2018, *Libert c/France*, préc.

<sup>5</sup> *L'homme agissant et souffrant*, cf. not. P. Ricœur, « Autonomie et vulnérabilité », dans *Le juste*, Esprit, 2001, pp. 88 et s ; égal. A. Macintyre, *L'homme, cet animal rationnel dépendant. Les vertus de la vulnérabilité*, trad. G. Raphaël Veyret, Tallandier, 2020, 256 p.

<sup>6</sup> La Cour EDH a ainsi considéré que le droit à la vie peut, dans certaines conditions bien définies, mettre à la charge des autorités nationales l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre lui-même (16 janv. 2009, *Renolde c/France*, n° 5608/05).

<sup>7</sup> G. H. Mead, « Conscience sociale et conscience de la signification » (1910), trad. A. Cukier, dans *La Théorie sociale de G. H. Mead. Études critiques et traductions inédites* A. Cukier et E. Debray (dir.), Lormont, Le Bord de l'eau, 2014, pp. 390-404. Ou comment le rapport à soi-même passe par autrui : « le soi qui s'oppose consciemment au soi d'autrui devient ainsi un objet, un autre pour lui-même, par le seul fait qu'il s'entend parler et répondre » (G. H. Mead, « The Social Self », *Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1913, n° 10, p. 377). Ainsi, le « regard subjectivant d'autrui possède une force individuante » (J. Habermas, *Parcours I (1971-1989)*, préc., p. 14).

elle-même qui se construit dans l'altérité à travers les rapports intersubjectifs de reconnaissance. De ce point de vue, l'intersubjectivité est première, édifiant l'identité individuelle et collective au sein d'une communauté politique.

271. En droit, le fait social impliqué par l'exercice d'un droit subjectif est destiné à autrui<sup>1</sup>, et peut être perçu comme un *acte de mandement*<sup>2</sup>. Il est donc un motif de devoirs envers les autres<sup>3</sup>. Telle est la réciprocité du rapport déontique. Le phénomène de concrétisation des droits est ainsi constitué d'attentes réciproques de comportements entre les destinataires. Le fait aspirant à la validité juridique étant lui-même le produit de l'interdépendance des individualités dans un environnement social, il intègre généralement, et avant même le prononcé de la norme, une première forme de coordination sociale. Plus loin, les destinataires du discours de la fondamentalité forment une communauté par laquelle la référence au discours est intersubjectivement partagée. Encore faut-il, certes, se mettre d'accord sur sa signification. Telle est notamment l'œuvre des interprètes authentiques. Quand bien même, au départ, le destinataire aspire à ce que son fait relève d'un droit fondamental, parce que la référence est intersubjectivement partagée et qu'elle confère une validité sociale générale à son action. Le sujet de droit cherche l'approbation sociale de son acte. En invoquant le discours de la fondamentalité dans un contentieux concret, cadre de référence du concept de l'abus de droit, le destinataire s'engage dans une institution et par un langage<sup>4</sup> de la coordination sociale. Simplement, il invoque un discours en espérant bénéficier de ses effets, se trouvant alors contraint d'en respecter **les règles constitutives**<sup>5</sup>. L'altérité minimale de l'action individuelle

---

<sup>1</sup> Pour de tels actes, « la relation à un sujet étranger est essentielle ; nous les appelons vécus impliquant autrui » (A. Reinach, *Grundlagen*, cité par E. Picavet, « Formes sociales et actes sociaux. L'originalité du point de vue de Reinach », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie*, préc., p. 39).

<sup>2</sup> P. Amsselek, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », dans *Théorie des Actes de langage, Éthique et Droit*, préc., p. 151 : « tout mandement est ainsi un acte directif, un « appel » de comportement, consistant à adresser à quelqu'un (autrui ou soi-même) la mesure d'une ligne de conduite à suivre ».

<sup>3</sup> J. Raz, « Human Rights in the Emerging World Order », *Transnational Law Review*, préc., p. 36.

<sup>4</sup> « Du point de vue de la coordination sociale, en effet, le langage n'est pas seulement le langage, ni seulement l'instrument d'une "expression" de pures intentions qui subsisteraient indépendamment de lui ; les effets de ce qui est accompli dans le langage ne se donnent pleinement à comprendre que si l'on considère l'intention des acteurs d'accomplir quelque chose *dans* le langage (non pas seulement au moyen de celui-ci) » (E. Picavet, « Formes sociales et actes sociaux... », préc., p. 194). En droit particulièrement, le langage est institution.

<sup>5</sup> « Les règles constitutives constituent (et régulent également) une activité dont l'existence est logiquement dépendante des règles » (J.R. Searle, « What is a Speech Act ? » dans *Philosophy in America* M. Black (éd.), Ithaca, Cornell UP, 1962, trad. B. Ambroise dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, p. 269). Les règles du discours juridique que doit respecter le destinataire des normes – tant formelles du point de vue de la discussion juridique que matérielles du point de vue de la coordination sociale – *définissent* le droit. Elles valent autant comme normes régulatrices au sein du discours que comme *vérité analytique* (*ibid.*, p. 270) sur le droit. Les dimensions cognitives et normatives du discours juridique sont, ici

n'est pas seulement éthique, elle est avant tout rationnelle. La pensée pragmatiste sur la question est éclairante : au sein de la communauté d'interprétation juridique, le destinataire des normes, s'il veut voir son action s'accomplir socialement, aura intérêt à envisager les effets sociaux de son acte avec toute la considération due à autrui, sinon il encourt le *refus de réciprocité*<sup>1</sup>. Par ailleurs, à long terme, l'agent revendiquant l'exercice d'un droit a conscience que ce dont il peut jouir aujourd'hui bénéficiera à d'autres demain. De créancier de la prérogative, il se trouvera nécessairement, à l'avenir, dans une configuration sociale où il deviendra débiteur de l'obligation réciproque. C'est une application logique au discours juridique de ce que C.S. Peirce nomme *l'altérité rationnelle*<sup>2</sup>. Il s'agit d'une altérité logique, immédiatement rationnelle<sup>3</sup>, eu égard à la nécessité de maximiser les intérêts personnels parallèlement à ceux de la communauté<sup>4</sup>, en ancrant le principe social dans l'action individuelle. La communauté de droit est une communauté d'acceptation<sup>5</sup> du fait social prétendant, et le discours juridique le *medium* structurel à la revendication particulière ou collective.

---

encore, intimement liées. Du point de vue strictement du langage, selon P. Amsselek, « dans nos communications intersubjectives, chaque jeu de langage, chaque type de parler finalisé en usage, est conventionnellement répertorié et étiqueté, à chaque étiquette correspondant un certain régime opérationnel typique, un certain contenu bien déterminé de règles de procédure à suivre, qui *constitue le concept même du parler en question* » (« Philosophie du droit et théorie des actes de langage », dans *Théorie des Actes de langage, Éthique et Droit*, préc., p. 145).

<sup>1</sup> J. Habermas, *Parcours 1*, préc., p. 16.

<sup>2</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 5, § 535.

<sup>3</sup> C. Tiercelin, « Le rôle des dispositions en éthique » (Séminaire Les dispositions, *Collège de France* [en ligne], 21 mars 2012).

<sup>4</sup> Qui n'est pas sans rappeler l'indépendance du principe de particularité et d'universalité chez Hegel. « [§ 186] Du fait qu'il se développe pour soi jusqu'à la totalité, le principe de particularité se transforme en l'universalité, dans laquelle seulement il trouve sa vérité et le droit de sa réalité positive. En raison de l'indépendance des deux principes qui subsiste à ce point de vue de la division, cette unité n'est pas l'identité éthique. Elle n'est donc pas la liberté, mais bien la nécessité pour la particularité de s'élever à la forme de l'universel, pour y chercher et y trouver sa réalité permanente. [§ 187] En tant que citoyens de cet État (extérieur), les individus sont des personnes privées qui ont pour but leur intérêt propre. Comme celui-ci est médiatisé par l'universel, qui leur apparaît donc comme un moyen, ils ne peuvent atteindre ce but que dans la mesure où ils déterminent leur savoir, leur vouloir, leur activité de manière universelle et deviennent ainsi les anneaux d'une chaîne formée par l'ensemble. L'intérêt de l'Idée, qui n'est pas présent dans la conscience des membres de la société civile en tant que telle, réside dans le processus qui, par la nécessité naturelle et par l'arbitraire des besoins, élève leur individualité naturelle à la liberté formelle et à l'universalité formelle du savoir et du vouloir, et ainsi forme la subjectivité dans sa particularité » (G.W.F. Hegel, « Principes de philosophie du droit » (1821) dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 248-249). On notera ici que l'universalité conventionnelle et normative portée par le discours juridique n'est possible que par la détermination commune « du savoir » et « du vouloir », qui est le fait de l'activité cognitive au sein du discours. Cette médiation du particulier par l'universel implique un certain nombre de devoirs au sein de la communauté juridique selon l'art. 29 al. 1 de la DUDH : « L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Enfin, il ne faut pas voir derrière la disposition logique à l'altérité la seule raison austère, il peut aussi y avoir des sentiments agréables à être libre ensemble.

<sup>5</sup> R. Forst, *The Right to Justification. Elements of a Constructivist Theory of Justice*, trad. angl. J. Flynn, *Columbia University Press*, 2014, 368 p. La prétention sera justifiée, pour l'auteur, si elle répond à une double condition de

272. Dès lors, et ne serait-ce que par la représentation qui est faite de ses destinataires, la considération de l'altérité est inhérente à la signification des droits fondamentaux<sup>1</sup>. Le concept de l'abus de droit fondamental vient saisir le bénéficiaire des droits de sa responsabilité intersubjective en tant que membre d'une communauté de discours. Un discours qui, de surcroît, rationalise l'action coordonnée des droits.

### B. *Le discours de la fundamentalité ou les droits en relation*

273. Si les destinataires ne peuvent être envisagés isolément, il en est de même des normes au sein du discours juridique. Les droits en particulier ne se conçoivent qu'en relation, entre eux, ainsi qu'avec leur environnement normatif. Ce constat n'est pas nouveau<sup>2</sup>, et le système juridique a même pu être envisagé dans son ensemble comme un complexe de relations déontiques<sup>3</sup>. De ce point de vue, l'inflation des droits fondamentaux accroît corollairement les obligations de type interpersonnelles. En tout état de cause, les organes d'application du discours de la fundamentalité, y compris supranationaux<sup>4</sup>, sont amenés régulièrement à

---

réciprocité et de généralité. Autrement dit, il ne faudra pas dénier aux autres la prétention assertée et les conséquences normatives de cette prétention doivent pouvoir être appréhendées par l'ensemble des sujets concernés. En réalité, l'interprète authentique, dans le cadre d'un contrôle concret, sera le porte-voix de cette communauté d'acceptation.

<sup>1</sup> Tel est le sens évoqué par la parabole de Robinson (J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc.) : « tandis que l'exercice de la liberté peut bien être solitaire, il y a, dans la notion même de droit, une condition essentielle d'altérité. Le droit ne prend son sens que dans la relation intersubjective. Au contraire de la liberté, qui peut donc être exercée isolément, le droit est un pouvoir intersubjectif qui suppose donc nécessairement, et *a minima*, deux personnes : le titulaire du droit, qui l'exerce, et le débiteur de l'obligation, auquel il est opposé » (S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2013, p. 8).

<sup>2</sup> R. Cassin, *Assemblée Générale des Nations Unies* (5<sup>ème</sup> session, 3<sup>ème</sup> Commission, 300<sup>ème</sup> séance) 1<sup>er</sup> nov. 1950. Tel est d'ailleurs, pour J. Rivero, une des origines conceptuelles de la matière pénale (« Une éthique fondée sur le respect de l'Autre » dans *Les droits de l'Homme en questions*, La Documentation française, 1989, pp. 181 et s.).

<sup>3</sup> W.N. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal* (vol. 26), 1917, n° 8, pp. 710-770. Pour une application de la théorie hohfeldienne aux droits de l'homme, cf. L. Wenar, « The Nature of Rights », préc., pp. 223-252 ; et en réponse : M.H. Kramer, H. Steiner, « Theories of Rights: Is There a Third Way ? », *Oxford Journal of Legal Studies* (vol. 27), 2007, n° 2, pp. 281-310.

<sup>4</sup> La question de l'applicabilité horizontale de la Convention EDH n'a pas été formellement évoquée durant son élaboration, bien que la rédaction de l'article 17 la laisse supposer. Cette application est en tout cas permise par le concept prétorien d'obligations positives, dont l'État partie est débiteur (Cour EDH, 23 juil. 1968, *affaire linguistique Belge*, préc.). L'institution étatique est supposée jouer un rôle plus ou moins actif dans la violation de droits fondamentaux entre particuliers (s'agissant d'un rôle plutôt actif, cf. not. Cour EDH, 14 janv. 2000, *Riera Blume et a. c/Espagne*, n° 37680/97 ; et concernant un rôle plutôt passif, par négligence ou omission, où la marge nationale d'appréciation est plus importante, cf. Cour EDH, 13 nov. 2003, *Novak c/République Tchèque* (déc.), n° 56525/00). Autrement dit, face à la violation des droits fondamentaux, l'État ne doit pas inoculer la maladie et doit en plus procurer un remède. La Cour EDH infère ces obligations positives de pratiquement toutes les dispositions conventionnelles, les articles 2 et 3 (28 oct. 1998, *Osman c/Royaume-Uni*, n° 23452/94 ; 28 mars 2000, *Mamhut Kaya c/Turquie*, n° 22535/93), l'article 4 (*Siliadin c/France*, préc.), l'article 5 (*Riera Blume*, préc.), l'article 8

concilier les droits au sein de rapports intersubjectifs. À l'image des conditions de validité de l'action publique, les actes privés en droit sont soumis à la nécessité du but et à la proportionnalité des moyens<sup>1</sup>. La méthode de proportionnalité intègre effectivement les exigences d'autres droits au sein du processus de concrétisation des droits fondamentaux.

**274.** La lecture de la fundamentalité en tant que discours intègre justement le concept de proportionnalité au cœur du dispositif normatif et cognitif. Ce concept témoigne de ce que les droits fondamentaux ne peuvent s'envisager qu'en relation, conformément au caractère indivisible du concept de liberté<sup>2</sup>. Sous l'empire de la proportionnalité comme constituant du discours, les droits sont chaque fois envisagés sous un aspect spécifique par lesquels ils sont mis en relation avec d'autres droits ou des exigences objectives. Autrement dit, au sein du processus concret de signification du discours, l'usage d'un droit est apprécié sous un certain rapport, en fonction de la situation factuelle à régir bien sûr, mais aussi des autres manifestations phénoménales de droits concurrents ou des considérations de limitations objectives impliquées par la situation. Les perspectives normatives d'action sont ainsi orientées dans le sens d'une compatibilité entre les différentes prétentions. Il s'agit de coordonner les plans d'action et connecter leurs fondements. Le discours de la fundamentalité conçoit les droits « par rapport à »<sup>3</sup> et tend à atteindre *l'harmonie dialectique*<sup>4</sup>. Il fait le *lien entre les droits*. Par ailleurs, l'appréhension relationnelle des droits au sein du discours de la fundamentalité est aussi utilisée

---

([GC], 5 sept. 2017, *Bărbulescu c/Roumanie*, n° 61496/08), l'article 9 (15 sept. 2016, *Papavasiliakis c/Grèce*, n° 66899/14), l'article 10 (*Özgür Gündem c/Turquie*, préc.), l'article 11 (24 sept. 2007, *Bączkowski et a. c/Pologne*, n° 154306). En ce qui concerne l'ordre juridique de l'Union européenne, cf. not. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, aff. C-112/00. Selon certains commentateurs avisés, l'obligation positive relève généralement plus de l'obligation de moyen que de résultat. Elle vise non pas « l'excès d'action », mais « l'excès d'inaction » (S. Van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 372). Seulement, les relations interpersonnelles peuvent avoir un contenu si ample et indéterminé, qu'elles n'impliquent pas toujours une obligation positive de l'État (Cour EDH, 24 fév. 1998, *Botta c/Italie*, n° 21439/93). Bien sûr, si les déclarations internationales ou régionales de droits de l'homme ont des effets indirects sur les rapports entre particuliers devant un organe supranational de protection, elles sont susceptibles, au contraire, d'avoir un effet direct dans l'ordre juridique interne.

<sup>1</sup> *Ibid.* ; Cour EDH, 29 fév. 2000, *Fuentes Bobo c/Espagne*, n° 39293/98.

<sup>2</sup> G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*, préc., p. 326.

<sup>3</sup> « Si l'on veut, la valeur ou mesure d'un objet, c'est la détermination de ce qu'il est par rapport à » (P. Amselek, « La phénoménologie et le droit », dans *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 206). Ce qui renvoie directement à la représentation de la justice comme balance, « qui place avec évidence le droit sous le signe des "poids et mesures" » (*ibid.*, p. 209).

<sup>4</sup> « La dialectique comme art du dialogue confronte les différents points de vue probables (trouvés grâce à la topique) dans une controverse. C'est donc un jeu réglé où sont défendus les points de contradictoires ; mais en vue d'une fin commune, notamment la recherche du juste » (P. Degadt, *Littératures contemporaines sur la « Topique juridique »*, PUF, Paris, 1981, p. 67 cité par P. Ferreira Da Cunha, *Droit et récit*, Dikè, 2003, p. 43).

par les interprètes authentiques aux fins d'accroître la protection des droits fondamentaux et d'élargir l'influence du discours lui-même. Ainsi, il résulte d'une lecture combinée des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>1</sup>.

**275.** Un exemple illustrera mieux la façon dont le discours de la fundamentalité concilie les droits, non en tant qu'*énoncés prescriptifs*, mais en tant qu'*usages interdépendants*. Le 5 mai 2005, l'hebdomadaire *Paris Match* publiait un article intitulé « Albert de Monaco : Alexandre, l'enfant secret », malgré la mise en demeure de ne pas publier du prince régnant. Cet article contenait huit photographies privées du Prince avec l'enfant et sa mère ainsi qu'un entretien de celle-ci avec l'hebdomadaire. La situation litigieuse confrontait ainsi le droit au respect de la vie privée du Prince à la liberté d'expression du magazine. Eu égard à la jurisprudence de la Cour EDH, les juridictions nationales recherchent, en la matière, un « équilibre entre ces droits » de « même valeur normative »<sup>2</sup>. En l'occurrence, pour la Cour de Strasbourg, la publication d'une photographie, qui relève de la liberté d'expression, interfère avec la vie privée d'une personne, même s'il s'agit d'une personne publique<sup>3</sup>. L'image est effectivement l'un des attributs principaux de la personnalité. L'individu doit avoir la maîtrise de son image, et donc pouvoir en refuser la diffusion<sup>4</sup>. Néanmoins, selon la Cour européenne, pour « déterminer si une publication porte atteinte au droit à la vie privée de l'intéressé, la Cour tient compte *de la manière* dont l'information ou la photographie a été obtenue »<sup>5</sup>. Autrement dit, *l'usage* qui a été fait de la liberté d'expression. En particulier, l'interprète privilégié de la Convention EDH s'intéresse au consentement des personnes concernées, au sentiment d'intrusion plus ou moins fort que la photographie suscite, mais aussi au but de la publication, notamment en matière de presse dite « à sensation » qui, pour satisfaire la curiosité du public sur les détails de la vie strictement privée d'autrui, peut se livrer à des pratiques de harcèlement, voire de persécution<sup>6</sup>. Dès lors, pour « vérifier qu'une publication portant sur la vie privée d'autrui ne tend pas uniquement à satisfaire la curiosité d'un certain lectorat mais constitue également une information d'importance générale, il faut apprécier la totalité de la publication

---

<sup>1</sup> CC, 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, §§ 5-6. Sur la rhétorique de l'interdépendance des droits, cf. not. Cour EDH, *Airey c/Irlande*, préc. ; CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle D*, préc. ; Cour IADH, 2 sept. 2004, *Instituto de Reeducación del Menor c/Paraguay*, préc.).

<sup>2</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2018, n° 16-28.741.

<sup>3</sup> Cour EDH [GC], 10 nov. 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c/France*, n° 40454/07, § 85.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Ibid.*, § 86, nous soulignons.

<sup>6</sup> Cour EDH, 17 fév. 2014, *Von Hannover c/Allemagne*, n° 59320/00, § 59.

et rechercher si celle-ci, prise dans son ensemble et *au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit* (...) se rapporte à une question d'intérêt général »<sup>1</sup>. En même temps, « toute personne qui fait partie de la sphère publique », « que ce soit par ses actes (...) ou par sa position », « s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes, tant par les journalistes que par la masse des citoyens »<sup>2</sup>. De sorte que « le caractère public ou notoire d'une personne influe sur la protection dont sa vie privée peut bénéficier »<sup>3</sup>. L'équilibre entre liberté d'expression et vie privée est donc à chercher du côté *de leurs modes d'exercice contextualisés* et de la manière dont ceux-ci sont mis en relation<sup>4</sup>. En l'occurrence, *la signification concrète* du droit à la vie privée du Prince intégrait l'enjeu de sa notoriété, et par suite la validité des prétentions du magazine au regard de la liberté d'expression et de *l'intérêt public*<sup>5</sup> qu'il y avait à publier ces photos. Encore une fois, s'agissant de droits réputés avoir la même valeur normative, « il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »<sup>6</sup>.

**276.** Le point de vue discursif induit un décentrement des droits, il fait des droits un système. Un système de communication, de coopération, de conciliation, de coordination, d'intégration sociale et finalement, d'entente intersubjective au sein de la communauté d'interprétation. En ce sens, le droit fondamental signifie moins la mesure d'un comportement que d'un type de relation valide. La contextualisation intersubjective pénètre ainsi le processus de signification du droit lui-même. Au sein du phénomène normatif concret, cette contextualisation est l'œuvre du concept de l'abus de droit fondamental.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c/France*, préc., § 102, nous soulignons.

<sup>2</sup> *Ibid.*, § 121.

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 117.

<sup>4</sup> Pour récapituler, les critères utilisés par la Cour EDH dans la mise en balance de la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée sont les suivants : « premièrement, la contribution à un débat d'intérêt général, deuxièmement, la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, troisièmement, le comportement antérieur de la personne concernée, quatrièmement, le mode d'obtention des informations et leur véracité, cinquièmement, le contenu, la forme et les répercussions de la publication et, sixièmement, la gravité de la mesure imposée » (Cour EDH, 22 juin 2021, *Hurbain c/Belgique*, n° 57292/16, § 94).

<sup>5</sup> Cf. égal. Cour EDH, 10 mai 2011, *Mosley c/Royaume-Uni*, n° 48009/08, § 131.

<sup>6</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16.273.



## § 2. Le concept de l'abus, une contextualisation intersubjective au sein du processus de concrétisation des droits fondamentaux

277. L'action anti-individualiste est une donnée ancienne sur l'abus de droit. « Cette notion “nouvelle” intervint quand, les relations sociales s'étant intensifiées, on eut commencé à se préoccuper de l'interdépendance des êtres humains et de ce qu'on a appelé (...) leur solidarité »<sup>1</sup>. Reste à savoir ce en quoi consiste réellement l'action anti-individualiste de l'abus de droit, en particulier au sein d'un discours, la fundamentalité, dont l'infrastructure a tant accordé à la subjectivité. Témoignant de la spécificité logique du juridique, le concept se positionne justement au sein du processus de concrétisation des droits et consiste, également, en la contextualisation intersubjective de la situation litigieuse. Une contextualisation qui ne se déploie donc pas « au-delà des droits »<sup>2</sup>, mais au sein même de leur signification concrète (A). Celle-ci rend compte simplement du caractère intersubjectif des droits eux-mêmes, lorsque « la prérogative se meut dans un environnement social »<sup>3</sup>. Logiquement, comme en matière interdiscursive, puisque les deux phénomènes sont intrinsèquement liés, la notion de l'abus de droit fondamental vient sanctionner négativement ce processus contextualiste (B).

### *A. Le concept de l'abus de droit fondamental ou la contextualisation intersubjective du fait social*

278. La méthode pragmatiste autorise une lecture sociale du phénomène de concrétisation en droit<sup>4</sup>. Elle s'intéresse à la pratique, à l'usage, tandis que l'exercice d'un droit fondamental est simplement une forme d'interaction, de pratique sociale ; une interaction dont les exigences concrètes sont de fait inhérentes à la signification juridique du droit. Le discours de la fundamentalité, en tant qu'objectivité juridique et sociale, déploie des prérogatives et des facultés d'action qui sont en réalité orientées, ne serait-ce que minimalement, vers la coordination sociale. Constitutif du discours, le concept de l'abus assure le respect par les destinataires des exigences minimales de la relation sociale, telle qu'elle est impliquée par

---

<sup>1</sup> P. Esmein, H. Levy-Bruhl, G. Scelle, *Introduction à l'étude du droit*, t. 1, 1951, *Rousseau et Cie*, p. 288 cité par L. Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préc., p. 29.

<sup>2</sup> P. Gérard, *L'esprit des droits: philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2016, 212 p.

<sup>3</sup> X. Dupré De Boulois, *Droits des libertés fondamentales*, préc., p. 31.

<sup>4</sup> « Le droit est un phénomène social de part en part ; social dans son origine, dans son but ou sa finalité, et dans son application » (J. Dewey, « My philosophy of law », dans *My philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars*, Julius Rosenthal Law Foundation éd., Boston Law Books, 1941, p. 76).

l'exercice d'un droit. Ces exigences sociales minimales peuvent être traduites au sein d'un même concept, le concept d'entente intersubjective. L'action conceptuelle de l'abus de droit fondamental pourrait alors être décrite, aussi, comme la mise en œuvre, au stade de la concrétisation du droit, du concept d'entente intersubjective. Intégrant le processus normatif et cognitif de la signification en droit, l'entente intersubjective devient elle-même un concept normatif dans le discours juridique en général, et dans celui de la fundamentalité en particulier (2). Mais avant de coordonner les plans d'action des destinataires, encore faut-il les comprendre. Il est donc nécessaire, afin d'appréhender la signification juridique de l'acte social litigieux, de connaître l'intention de son auteur (1).

### 1) *L'abus de droit et l'appréhension juridique de l'intention*

« *Le vrai a ses droits comme le bien, et on gagne rien à ces timides mensonges qui ne trompent personne* »<sup>1</sup>.

**279.** Comme tout discours, le droit sert aussi à communiquer<sup>2</sup>. Lorsque le destinataire revendique l'application du discours de la fundamentalité à son action, il signifie simplement son intention de se voir reconnaître la protection sociale attachée à ce discours. Réciproquement, la signification de la prétention du destinataire ne peut être appréhendée par la communauté d'interprétation de la fundamentalité qu'une fois son intention comprise<sup>3</sup>. En droit comme ailleurs, « l'herméneutique s'efforce d'interpréter non seulement les conduites, mais tout ce qui porte trace d'intentions et de finalités humaines »<sup>4</sup>. C'est la raison pour laquelle, du point de vue de ses défenseurs, la « théorie » de l'abus de droit est *essentielle* au phénomène

---

<sup>1</sup> E. Renan, *Essais de morale et de critique*, Paris, Michel Lévy Frères, 3<sup>e</sup> éd., 1861, préface, p. III cité par C. Tiercelin, « La connaissance métaphysique », préc.

<sup>2</sup> La communication qui a pu être définie comme « [the] interaction that is symbolically structured on the basis of conventionally determined rules of meaning » ou encore comme « [the] intentional transmission of information by means of some established signaling system » (J. Habermas, *The Theory of Communication Action*, vol. 2 cité par M. Van Hoecke, *Law as communication*, préc., p. 8).

<sup>3</sup> « Dans un texte intitulé "Meaning", Grice propose l'analyse suivante d'un certain sens du concept de "signification". Dire de A qu'il veut dire quelque chose par x, c'est dire que "A avait l'intention que l'énonciation de X produise un certain effet sur un auditeur qui reconnaît cette intention". Cela me semble être un bon point de départ pour une analyse de la signification, premièrement parce que cela montre la relation étroite qu'il y a entre la notion de signification et la notion d'intention et deuxièmement parce que cela capture quelque chose qui est, je crois, essentiel pour parler une langue : en parlant une langue, j'essaie de communiquer des choses à mon interlocuteur en faisant en sorte qu'il reconnaisse mon intention de communiquer des choses précises ». (J.R. Searle, « What is a Speech Act ? » préc., pp. 275-276 évoquant P. Grice, « Meaning », *Philosophical Review*, 66, 1957, rééd. dans *Studies in the Ways of Words*, pp. 213-223).

<sup>4</sup> E. Morin, *La méthode. La connaissance de la connaissance*, préc., p. 148.

juridique<sup>1</sup>. Encore faut-il savoir de quelle intention il s'agit. Il se pourrait bien que le concept de l'abus convoque en réalité deux types d'intentions du destinataire. L'intention dans l'accomplissement du fait social litigieux – ou intention réelle – et l'intention exprimée dans le langage juridique pour justifier la prétention à la validité de ce fait – ou intention formelle. Le concept de l'abus vise précisément à dépasser l'intention formelle pour s'intéresser à l'intention réelle.

**280.** L'acte social accompli par le destinataire des droits témoigne effectivement d'une intention qui peut être décodée juridiquement. Certes, appréhender une intention n'est pas chose aisée. Le critère de l'intention de nuire dans la théorie de l'abus de droit a pu être critiqué, comme un risque de psychologisme<sup>2</sup>. Or, le droit n'est pas le langage de la conscience, il est le discours de l'interaction sociale. En réalité, il n'est pas nécessaire de s'aventurer dans la psychologie du destinataire des normes. Il suffit de confronter l'acte litigieux à ses justifications en droit. Effectivement, le concept de l'abus s'accomplit à l'occasion d'une prétention litigieuse à la reconnaissance d'un droit fondamental. Par cette revendication, on l'a vu, le sujet de droit réclame l'application d'un discours dont il doit respecter les règles. Il donne des raisons et se plie à la discussion contradictoire des arguments, donc à la contextualisation sociale. Simplement, le destinataire des normes juridiques motive son acte en droit. Ce faisant, il prend pleinement conscience des conséquences sociales de son usage du droit allégué. La nécessité d'argumentation ne repose pas sur des exigences subjectives particulières, mais sur la structure formelle de résolution des litiges déployée par le discours juridique dans le cadre d'un contrôle concret.

**281.** Il est vrai, en même temps, que l'argumentation produite dans le langage juridique par le destinataire répond plus à une logique stratégique que coopérative. La communication juridique est, de ce point de vue, autant marquée par la défiance que l'interdépendance.

---

<sup>1</sup> L'un des critères constitutifs de l'abus de droit est effectivement l'intention de nuire au regard des mobiles de l'action. Or, pour L. Jossierand, « étudier les mobiles, c'est pénétrer jusqu'à l'essence même du droit, jusqu'à la cause profonde des actes juridiques : car les mobiles ne sont autres, nous l'établirons, que les ressorts de la volonté qui est elle-même l'animatrice du droit » (*Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II* (1928), Paris, Dalloz, 2006, p. 1).

<sup>2</sup> Le « critérium de l'intention de nuire est fort dangereux, car alors précisément que la doctrine et la jurisprudence tendent à écarter les recherches psychologiques en matière de responsabilité délictuelle simple, il ressuscite les recherches de ce genre en matière d'exercice d'un droit, ce qui est beaucoup plus vexatoire » (M. Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », préc., p. 121). Cf. égal. R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, préc., pp. 368 et s.

Toutefois, l'encadrement juridique de la discussion, c'est-à-dire le recours à des concepts objectifs qui rattachent la prétention individuelle à un modèle de comportement compréhensif pour la communauté d'interprétation, transforme les présuppositions pragmatiques<sup>1</sup> des destinataires en motifs juridiques propres dont la validité est appréciée pour eux-mêmes. Le manque d'intention coopérative n'est pas en soi problématique puisque l'exposé juridique des motifs de l'action rend manifeste cette logique stratégique, appréhendée en tant que telle par l'interprète authentique. Autre chose, certes, est l'insincérité dans le choix des motifs pour cacher la véritable intention. Contre « l'inéliminable impureté de la parole en acte »<sup>2</sup>, le juge dispose des moyens d'enquête, telle une recherche scientifique de la vérité, pour démasquer les logiques insincères en les confrontant aux faits et au contexte d'énonciation. Ainsi, l'interprète authentique confronte l'intention réelle à celle formulée par le destinataire dans le langage juridique, *de sorte que l'intention en droit se rattache à la volonté appliquée aux conséquences juridiques de l'acte*. Une intentionnalité appréhendée à *même le réel*<sup>3</sup> juridique, lequel est « en soi contextuel et normé »<sup>4</sup>. Pour L. Dubouis, en effet, seul « l'examen des faits objectifs permet de scruter les mobiles »<sup>5</sup>. Afin de décrypter juridiquement l'intention, les effets concevables de l'acte sont positionnés au commencement de l'action. Les raisons privées se révèlent à l'argumentation juridique et les modalités du contrôle concret permettent à leur tour de

---

<sup>1</sup> « Puisque la forme communicationnelle des discussions pratiques et le sens des problématisations morales trouvent leurs racines dans le même mode communicationnel de socialisation, les présuppositions pragmatiques qui se réfèrent à la subjectivité des participants y gagnent une signification immédiatement pratique : lorsqu'ils sont amenés à articuler et à interpréter en commun les orientations axiologiques et les besoins, elles engagent les participants à donner d'eux-mêmes une présentation authentique et à prendre part à cette opération empathique que Georges Herbert Mead définit comme l'adoption réciproque des perspectives d'interprétation de soi et du monde impliquées dans chaque cas » (J. Habermas, *Parcours 2*, préc., pp. 238-239). En la matière, l'encadrement de la discussion par les dispositions matérielles, formelles et institutionnelles du discours juridique remédie à une certaine idéalisation de la communication sociale ordinaire.

<sup>2</sup> O. Cayla, *La notion de signification en droit*, préc., p. 43.

<sup>3</sup> J. Benoist, *L'adresse du réel*, Paris, Vrin, 2017, 376 p.

<sup>4</sup> M. Gabriel, « Concepts et objets dans les "nouveaux réalismes" », trad. par T. Hoquet, *Critique*, 2019/3, n° 862, pp. 202-214.

<sup>5</sup> L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, préc., p. 356.

considérer leur sincérité. L'insincérité au sens large<sup>1</sup> est une forme d'abus de langage<sup>2</sup> qui, s'agissant du langage de la fundamentalité, est susceptible de constituer un abus de droit.

**282.** Dès lors, le recours au discours de la fundamentalité lie les destinataires dans la façon dont ils doivent s'informer de leurs intentions. La contextualisation intersubjective prend en compte de manière particulière ces intentions au sens large, c'est-à-dire les motivations et les buts du destinataire dans l'exercice de son droit. Simplement, celui qui prétend exercer un droit fondamental doit justifier de cette prétention en exposant les raisons pour lesquelles il la considère légitime. Si ces raisons sont susceptibles d'opérer en arrière-plan dans la communication ordinaire<sup>3</sup>, elles prennent la forme de motifs explicites dans le discours juridique. L'interlocuteur en droit, mais aussi la communauté d'interprétation dans son ensemble, peuvent revendiquer des *contre-motifs*<sup>4</sup> vis-à-vis du fait litigieux, et ainsi demander « *Quid juris* » ? [de quel droit ?]. Aussi, la norme juridique concrète sera rendue plus acceptable du fait de l'exposé contradictoire des intentions et de leur mise en relation. Au stade de la validité, il est sans doute déjà question d'acceptabilité de la norme et d'évolution du droit en vigueur<sup>5</sup>. Le concept de l'abus de droit sert donc aussi l'efficacité normative pratique du discours juridique. Quoi qu'il en soit, en s'intéressant aux mobiles, ce concept questionne les présupposés de l'action et s'assure que ceux-ci ne sont pas incompatibles avec les principes constitutifs du discours juridique. Le cas échéant, le fait litigieux ne peut prétendre à la protection du droit. La théorie de l'abus de droit est en quelque sorte une enquête des mauvaises

---

<sup>1</sup> Selon J.L. Austin, la réussite d'un performatif dépend de conditions, extralinguistiques pour la plupart, de félicité. Les infélicités sont ainsi « les différentes façons dont un énoncé performatif peut ne pas être satisfaisant ; et une infélicité survient – c'est-à-dire qu'un énoncé est malheureux – lorsque certaines règles, des règles manifestement simples, sont violées » (« Performative Utterances » (1956), dans *Philosophical Papers*, Oxford, OUP, 1979, trad. B. Ambroise revue par S. Laugier dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte*, préc., p. 241). L'insincérité est une forme d'infélicité. « Un bon nombre de procédures verbales sont destinées à être utilisées par des gens qui ont certaines croyances, ou certains sentiments, certaines intentions. Et si vous utilisez une de ces formules quand vous n'avez pas les pensées, les sentiments ou les intentions requis, alors il y a un abus de la procédure, il y a insincérité » (*ibid.*, p. 243). L'utilisation du discours de la fundamentalité sans les intentions requises est une forme d'insincérité, et donc d'abus du langage des droits.

<sup>2</sup> J.L. Austin, *How to do Things with Words* (1962), Oxford-New York, Clarendon Press, trad. par G. Lane, *Quand dire c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1970, spé. pp. 50 et s. ; S. Laugier, « Actes de langage et états de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, n° 72, p. 94.

<sup>3</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., p. 399.

<sup>4</sup> A. Schopenhauer, « Le monde comme volonté et comme représentation » (1819), dans *Droits de l'homme et philosophie*, préc., p. 240.

<sup>5</sup> « Le choc des intérêts contraires, traduits dans le discours du droit positif par les moyens de l'argumentation judiciaire, au cours d'une discussion encadrée par le principe du contradictoire et les règles de la procédure, contribue ainsi à la construction, à l'interprétation et partant à l'évolution du droit en vigueur » (B. Frydman, « Le droit comme savoir et comme instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *RRJ*, 2017/5, p. 1818).

raisons. Son action conceptuelle consiste à contrôler si l'intention juridiquement appréhendée est *acceptable*<sup>1</sup>, c'est-à-dire valide en droit. Finalement, l'abus de droit opère comme une *clause restrictive de traduction*<sup>2</sup> entre les mobiles particuliers de l'action libre et les motifs juridiques valides pour l'exercice d'un droit fondamental.

**283.** Le concept de l'abus de droit témoigne clairement de la normativité de l'intention et de sa compréhension par la communauté d'interprétation du discours juridique. L'horizon de la normativité juridique s'en trouve encore élargi. Simplement, si l'intention du destinataire n'est pas valide dans son usage du discours de la fundamentalité, alors son action ne consiste pas en l'exercice d'un droit fondamental. L'une de ces intentions non valides, caractéristique de la théorie de l'abus de droit depuis l'origine, est évidemment celle qui a pour objet de nuire à autrui<sup>3</sup>. La considération intersubjective dans l'exercice d'un droit a donc toujours été l'un des objets du concept de l'abus. Elle s'entend largement, d'un point de vue discursif, comme la mise en œuvre, au sein des sociétés pluralistes, d'un concept normatif que l'on se propose de nommer *entente intersubjective*.

## 2) *L'abus de droit ou la mise en œuvre du concept normatif de l'entente intersubjective*

**284.** Au sein de la relation sociale induite de l'application d'un droit fondamental, il n'est pas que des considérations de valeurs objectives impliquées par la fundamentalité en tant que discours structurel des sociétés démocratiques. Il est également un enjeu normatif concret qui concerne directement la conciliation entre les prétentions des destinataires des droits, autrement dit, un enjeu d'entente intersubjective. Chaque relation intersubjective a ses singularités, elle met en jeu des intérêts renouvelés dans des contextes différents. Si l'on admet que le processus normatif concret ne puisse se concevoir qu'en référence à son but pratique, alors il pourrait être quasiment assimilé à l'enjeu de l'entente intersubjective sous le règne de

---

<sup>1</sup> J. Habermas, « Actions, actes de parole, interactions médiatisées par le langage et monde vécu », dans *Parcours 1 (1971-1989)*, préc., p. 296.

<sup>2</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., p. 380.

<sup>3</sup> Cf. not. Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 3 août 1915, préc. : « Coquerel a installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues ; que le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigé que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard ».

certaines valeurs. Du reste, le phénomène juridique dans son ensemble a pu être ramené à cette finalité<sup>1</sup>.

**285.** Le concept de l'entente intersubjective est susceptible d'intéresser particulièrement les sociétés pluralistes, pour lesquelles le discours juridique s'est défait d'une référence axiologique monopolistique. Il est un concept *a priori* minimaliste sur le plan axiologique, bien qu'il puisse être associé à des valeurs objectivement protégées par le discours de la fondamentalité. Ainsi, la Cour EDH affirme-t-elle la nécessité de protéger « la coexistence, au sein d'une société, des membres qui la composent hors de toute ségrégation raciale »<sup>2</sup>. Les motifs de restriction aux droits coopèrent entre eux, et la limitation au nom des droits d'autrui peut à l'évidence avoir, aussi, un fondement objectif. Ainsi, un acte juridique *a priori* strictement privé, telle qu'une disposition testamentaire, peut venir heurter les principes fondamentaux de l'ordre juridique de la Convention EDH<sup>3</sup>. Il en est de même de certains faits de diffamation qui fondent l'application de la notion conventionnelle de l'abus de droit<sup>4</sup>. La préservation de l'entente intersubjective, de la communication sociale et généralement d'un cadre favorable aux interactions entre individus peut également être une exigence objective des sociétés démocratiques<sup>5</sup>. Il reste que le concept juridique de l'entente intersubjective peut prétendre à l'indépendance vis-à-vis des considérations axiologiques. Il est susceptible de répondre à la finalité normative pratique du discours de la fondamentalité, sans nécessairement convoquer des valeurs interdiscursives autres que l'enjeu juridique de stabilisation des attentes de comportements. Le concept a vocation à s'en tenir à la nature des prétentions subjectives à

---

<sup>1</sup> E. Kant, *Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu* (1797), trad. A. Renaut, Paris, GF-Flammarion, 1994, p. 17 : « Le droit est donc l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté ».

<sup>2</sup> Cour EDH, 9 déc. 2013, *Vona c/Hongrie*, préc., § 57.

<sup>3</sup> Cour EDH, 15 déc. 2004, *Pla et Puncernau c/Andorre*, préc., § 59 : « Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme, en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention ».

<sup>4</sup> Cour EDH, *Garaudy c/France* (déc.), préc. : « la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention ».

<sup>5</sup> Cour constitutionnelle de Belgique, 6 déc. 2012, n° 145/2012, § B. 17 et s. ; Cour EDH, 11 juil. 2017, *Belcacemi et Oussar c/Belgique*, n° 37798/13.

exercer des droits fondamentaux, et à la façon dont celles-ci doivent être mises en relation dans une communauté de droit. Par exemple, selon des considérations essentiellement intersubjectives, la liberté d'expression doit être conciliée avec la protection de la réputation en tant qu'élément de la vie privée<sup>1</sup>.

**286.** Le concept de l'entente intersubjective fait état de la valeur relative des prétentions subjectives à exercer des droits fondamentaux, au sens où ces dernières sont reliées entre elles. Il met donc en lumière la nécessaire collaboration sociale *minimale* dans l'exercice des droits. Aussi, tout intérêt prétendant ne constitue pas un droit fondamental. Par le prisme de l'abus de droit, niché au cœur du processus de concrétisation des droits fondamentaux, le concept de l'entente intersubjective est introduit au sein de la signification même de la fundamentalité. Il a pour objet le fait social qui se prétend être l'exercice d'un droit fondamental, et intervient donc avant la limitation juridique traditionnelle de l'usage valide d'un droit, que ce soit en raison de l'exercice concomitant d'autres droits ou d'impératifs d'ordre public au sens large. Prenons pour exemple la concrétisation de la liberté d'expression en matière artistique. Dans une affaire largement médiatisée, les requérants souhaitaient obtenir l'interdiction du film « La dernière tentation du Christ ». Alors que les atteintes à l'ordre public sont manifestes – cinémas incendiés, un décès du fait des troubles causés par la sortie du film, la Cour d'appel se refuse à une telle interdiction, mais ordonne, aux fins de prévenir un dommage imminent et d'éviter le trouble subjectif du spectateur, à ce que tous les moyens de publicité de l'œuvre soient accompagnés d'un avertissement<sup>2</sup>. Celui-ci avait pour but d'informer « ceux qui, abusés par le titre du film et restés dans l'ignorance de la polémique qu'il a suscitée, viendraient, sans l'avoir voulu, s'exposer à un spectacle de nature à heurter leurs sentiments »<sup>3</sup>. La contextualisation pragmatique mise en œuvre par le concept de l'abus de droit met donc au premier plan de la considération juridique la liberté de création<sup>4</sup>, mais elle intègre également l'enjeu de l'entente

---

<sup>1</sup> « Le droit à la protection de la réputation est un droit qui relève, en tant qu'élément de la vie privée, de l'article 8 de la Convention (...). Cependant, pour que l'article 8 entre en ligne de compte, l'attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée » (Cour EDH [GC], 7 fév. 2012, *Axel Springer AG c/Allemagne*, n° 39954/08, § 83).

<sup>2</sup> Lequel exprimait sobrement : « Ce film est tiré du roman de Nilkos Kazantzakis la Dernière Tentation. Il n'est pas une adaptation des Évangiles ».

<sup>3</sup> CA Paris, 27 sept. 1988.

<sup>4</sup> « La protection ainsi due aux personnes ne justifie pas, s'agissant d'un spectacle donné dans une salle où l'on se rend librement et volontairement, les interdictions et saisies sollicitées, lesquelles porteraient une atteinte irrémédiable aux droits de l'auteur de diffuser son œuvre et priveraient ceux qui le souhaiteraient d'accéder à la connaissance de celle-ci » (*ibid.*).



intersubjective pour ces destinataires mal informés qui pourraient se sentir outragés. En la matière, la Cour de cassation rappelle régulièrement le traditionnel équilibre à respecter entre les opinions et croyances « d'égale valeur »<sup>1</sup>.

**287.** Au microscope des sciences sociales, on perçoit que l'exigence d'entente intersubjective portée par le concept de l'abus de droit est une forme de proportionnalité sociale minimale qui précède la proportionnalité juridique formelle. Une proportionnalité au sein de la relation intersubjective, qui a trait non pas à la conciliation des usages valides et conflictuels de droits fondamentaux, mais à l'appréhension de la validité de l'usage elle-même. Au final, l'acte abusif est simplement celui qui rend l'entente intersubjective impossible. Il ne constitue donc pas l'exercice d'un droit fondamental.

*B. La notion de l'abus de droit fondamental en tant que sanction du processus de contextualisation intersubjective*

**288.** Le concept de l'abus de droit fondamental signifie, aussi, le phénomène de contextualisation intersubjective du fait social qui est prétendument l'exercice d'un droit fondamental. Comme en matière interdiscursive, ce phénomène juridique peut avoir deux conséquences logiques :

(1) Soit le fait social « passe le test contextualiste » : il est alors valide d'un point de vue juridique et constitue l'usage d'un droit fondamental. La sanction de cette contextualisation peut être dite *positive*.

(2) Soit le fait social « ne passe pas le test contextualiste » : il est un usage invalide du droit fondamental allégué et n'en constitue donc pas l'exercice. La sanction de cette contextualisation peut être dite *négative*.

De nouveau, la notion de l'abus de droit fondamental correspond à cette sanction négative (2) du processus contextualiste. Elle vient sanctionner l'échec de la prétention du destinataire à se voir reconnaître l'application du discours de la fondamentalité. Elle stigmatise ainsi le fait

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 oct. 1990, n° 88-19366 : « sans nier la possibilité d'abus de droit en de pareils domaines, qui constitueraient alors des troubles manifestement illicites ».

social invalide eu égard à la contextualisation intersubjective dont il a fait l'objet. La contextualisation intersubjective est donc normative au sein du processus concret de décision.

**289.** Il n'a pas fallu attendre l'abus de droit pour comprendre que l'exercice d'une liberté formait une relation de pouvoir, qu'elle constituait une contrainte pour d'autres membres de la communauté juridique. Seulement, le concept de l'abus rappelle qu'il est des contraintes acceptables, juridiquement valides, dans l'exercice des droits fondamentaux, et d'autres qui ne le sont pas. Il est des impératifs inhérents à la relation intersubjective au sein d'une communauté de droit, que le destinataire des normes ne peut négliger. L'acte abusif est simplement l'aliénation de la relation sociale constituée par l'exercice d'un droit fondamental. Celui qui se rend coupable d'une telle *aliénation*<sup>1</sup> sort du cadre d'exercice valide d'un droit fondamental. Il saborde la logique de la fundamentalité. La fonction quelque peu socialisante du concept de l'abus au sein de la relation intersubjective a pu susciter craintes et critiques, comme un risque liberticide<sup>2</sup>. Le risque est sérieux, bien qu'il se situe sans doute moins dans l'objet conceptuel lui-même, que dans la façon dont il est manipulé par les interprètes du discours juridique. Nous aurons l'occasion d'y revenir<sup>3</sup>. Il reste que cette fonction socialisante, sanctionnée dans le langage juridique par la notion de l'abus de droit, répond à un but du discours de la fundamentalité dans son ensemble, celui de l'intégration sociale<sup>4</sup>.

**290.** La notion de l'abus de droit vient également rappeler que la préservation des libertés fondamentales, et les valeurs qui leur sont objectivement attachées, n'est pas que l'affaire de la puissance publique, elle est aussi un enjeu de responsabilité intersubjective. Ce

---

<sup>1</sup> Celui qui commet l'acte abusif devient *étranger, hostile* à la communauté de droit (définition « Aliénation », *Centre national de ressources textuelles et lexicales* [en ligne], cons. janv. 2021).

<sup>2</sup> « Il nous apparaît que l'introduction d'une logique de déchéance au sein des conflits entre droits nés des rapports interindividuels ouvre la porte à une « privatisation » anarchique et fertile en débordements de la lutte contre les activités liberticides, laquelle devrait, selon nous, demeurer l'apanage des autorités publiques, en termes de prérogatives et de devoirs » (S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », préc., p. 562). Les craintes au sujet du caractère exagérément liberticide des obligations interindividuelles peuvent d'ailleurs dépasser l'enjeu conceptuel de l'abus et résider dans le recours au discours de la fundamentalité lui-même : « B. Dickson déclarait qu'afin d'éviter un « monde orwellien », il fallait soustraire les relations personnelles purement privées au langage des droits humains » (B. Dickson, « The horizontal application of Human rights Law », dans *Human Rights. An Agenda for the 21<sup>st</sup> Century* A. Hegarty et S. Leonard (dir.), Cavendish Publishing Ltd., 1999, pp. 59 et s. cité par V. Van Der Plancke, N. Van Leuven, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper* [en ligne], 2007/03, p. 49).

<sup>3</sup> *Infra.* § § 370 et s.

<sup>4</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc. Cf. *supra.* §§ 235 et s.

moteur conceptuel est effectivement commun à toutes les manifestations de l'abus en droit positif<sup>1</sup>. En particulier, l'usage d'un droit n'est pas sans rappeler la formation d'un contrat. Une forme de contrat social bien sûr, à l'échelle interindividuelle. L'acte abusif est alors semblable à l'erreur en matière contractuelle, une erreur d'interprétation du discours de la fundamentalité, qui porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet, si bien qu'elle est source de nullité du contrat. En retenant cette logique contractuelle, exprimée notamment en droit de la consommation<sup>2</sup>, on peut concevoir l'acte abusif comme le fait qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat social.

**291.** Finalement, la notion de l'abus de droit sanctionne le destinataire des normes juridiques qui n'est pas disposé à une altérité sociale minimale dans l'usage de ses droits. Une forme intersubjective de diligence due (*due diligence*)<sup>3</sup> et de considérations élémentaires d'humanité<sup>4</sup>, à l'image de ce que peut requérir le droit international dans les relations entre États. La disposition élémentaire à l'altérité sociale est constitutive d'une communauté de droit, et un préalable indispensable en vue de l'invocation du discours de la fundamentalité.

---

<sup>1</sup> *Supra.* §§ 147 et s.

<sup>2</sup> L. 212-1, Code de la consommation, préc. À vrai dire, le déséquilibre significatif, qu'il soit dans une relation contractuelle formelle ou dans la relation immanente à l'usage d'un droit fondamental, se caractérise sensiblement de la même façon. Il s'agit généralement du défaut de réciprocité dans les prérogatives juridiques ou sociales, ou encore de l'exercice arbitraire de telles prérogatives. Ainsi, en matière de concurrence ou en droit commun s'agissant des contrats d'adhésion, « l'examen révèle que les juges se réfèrent principalement *au défaut de réciprocité des droits* (ex. clause de résiliation unilatérale au bénéfice du seul professionnel), *au caractère arbitraire des prérogatives* octroyées au professionnel (ex. clause permettant au professionnel de modifier unilatéralement le contenu d'un contrat) ou encore *aux restrictions unilatérales* imposées au consommateur (ex. clause évasive de responsabilité) » (S. Le Gac-Pech, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *Revue justice actualités*, déc. 2020, n° 24, p. 48, nous soulignons).

<sup>3</sup> S. Besson, « Diligence et négligence en droit international », *Cours au Collège de France* [en ligne], 2020-2021.

<sup>4</sup> CIJ, 9 avril 1949, *Affaire du détroit de Corfou (fond)*, Recueil, p. 22.

\*  
\*       \*

**292.** Le concept de l'abus de droit fondamental ancre le phénomène de contextualisation interdiscursive et intersubjective dans l'activité normative pratique du discours de la fondamentalité. Il lie la protection des valeurs objectives de l'ordre juridique avec les considérations de l'entente intersubjective propres à la relation entre particuliers. Cette *symbiose interprétative*<sup>1</sup> superpose *les différentes rationalités*<sup>2</sup> en jeu lors de la concrétisation des droits fondamentaux. Le contexte d'application de la norme, en miroir de la situation factuelle à régir, a donc un rôle constitutif en matière de fondamentalité. Cette *contextualisation significative* ne joue pas contre le droit. Au contraire, elle témoigne de son influence structurelle. Elle est aussi un enjeu de l'identité des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique. En cela, et de manière réflexive, le concept de l'abus est susceptible de révéler les « non-dits » du phénomène juridique<sup>3</sup>.

**293.** En outre, l'abus de droit est un concept prioritaire. Son action conceptuelle intègre le processus de signification d'un droit fondamental. La contextualisation interdiscursive et intersubjective a effectivement pour objet le fait social dont le destinataire des normes prétend qu'il est l'exercice d'un droit fondamental. Si ce fait « ne passe pas le test contextualiste », il ne constitue pas l'usage d'un droit. La contextualisation pragmatique opérée par le concept de l'abus contribue donc à donner au fait social litigieux sa signification en droit. Or, en matière de droits fondamentaux, dont les énoncés sont imprécis et les concepts vagues, l'indétermination première est forte. Elle est accrue par l'appréhension stratégique, menée par certains destinataires, des ambiguïtés matérielles et institutionnelles de la fondamentalité. Le concept de l'abus de droit en est d'autant plus utile, et sa notion dans le langage juridique vient stigmatiser les usages non valides de droits fondamentaux. Sinon, une fois qu'il est juridiquement établi que l'on a affaire à l'exercice d'un droit, cet exercice peut lui-même être limité au nom des restrictions traditionnelles tenant à l'ordre public au sens large ou aux droits d'autrui. Ce second temps de la limitation s'opère généralement sous l'égide du concept de

---

<sup>1</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 357.

<sup>2</sup> C.-A. Morand, « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », préc., p. 627.

<sup>3</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, préc., pp. 22-28.

proportionnalité. Les deux concepts sont donc complémentaires, et même interdépendants dans une perspective discursive.

## Conclusion du titre 2

294. L'observation inévitablement partielle du droit positif laissait à penser que le concept de l'abus de droit fondamental est d'application rare, non prioritaire, voire dépendante. Il serait mobilisé avec parcimonie autant comme principe interprétatif dans l'appréciation de la nécessité de l'ingérence aux droits, que comme instrument exemplaire de déchéance. Cette appréhension de *l'explicite* dans le phénomène juridique est incomplète et, en réalité, largement erronée. Il en va de l'abus de droit « comme des tableaux de Velázquez, le personnage principal n'est pas nécessairement situé aux centres de la composition »<sup>1</sup>. Et comme il n'est pas d'application concrète du discours de la fundamentalité sans une contextualisation d'arrière-plan, alors c'est à l'arrière-plan que l'on retrouve l'œuvre conceptuelle de l'abus de droit fondamental.

295. La *notion* de l'abus de droit fondamental dans le *langage* juridique est effectivement peu employée, en raison principalement des confusions théoriques qui corrompent le concept de droit subjectif. Une fois qu'il est admis que le droit subjectif est un concept objectif au sein du discours juridique, alors il apparaît tout naturellement que l'expression « abus de droit fondamental » est un abus de langage. Si l'on peut bannir le mot, il ne faudrait, pour autant, exclure la chose. Le *concept* de l'abus de droit fondamental est, lui, indispensable à l'application du discours de la fundamentalité, et plus loin, à sa *signification*. En prenant pour objet le fait social dont l'auteur prétend qu'il est l'usage d'un droit fondamental, le concept opère, à l'aune du discours de la fundamentalité dans son ensemble, une contextualisation de nature interdiscursive et intersubjective qui détermine si ce fait social peut effectivement être considéré comme l'exercice d'un droit. Autrement dit, le concept de l'abus se prononce sur la validité juridique du fait social en tant qu'usage d'un droit fondamental. Ce faisant, et de manière prioritaire, il préserve les valeurs objectives du discours de la fundamentalité ainsi que l'ontologie relationnelle des droits.

---

<sup>1</sup> Th. S. Renoux, « Justice de proximité : du mythe à la réalité ? », *RFDC* (vol. 55), juil. 2003, n° 2, p. 548.

## Conclusion de la partie 1

296. Les droits fondamentaux sont régulièrement accusés d'entretenir l'individualisme voire le ressentiment, de favoriser le blâme<sup>1</sup> au détriment de la coopération. L'infrastructure de la fundamentalité est incontestablement marquée par l'individualisme comme vision compréhensive du monde, cependant *d'un point de vue juridique*, la réduction des droits fondamentaux à la prévalence de l'intérêt individuel, voire de l'égoïsme asocial, est une simplification outrancière et erronée. La fundamentalité en droit, en tant qu'objectivité juridique et sociale, est en réalité structurellement intersubjective, de sorte que la considération de l'altérité, même minimale, intervient dans le processus de *signification* d'un droit fondamental.

297. Cette quête de l'entente intersubjective et de la préservation des valeurs objectives de la fundamentalité est assumée, au cœur du processus concret de signification des droits fondamentaux, par le concept de l'abus de droit. Il faut dire que le discours de la fundamentalité, qui lie ensemble le langage, la pensée et le monde, est *essentiellement de nature logique*. Une logique juridique – matérielle, formelle et institutionnelle – relayée par les mots du droit positif. Et si le processus normatif concret est la « cérémonie du langage »<sup>2</sup>, le concept de l'abus de droit fondamental a pour objet de s'assurer que celui de la fundamentalité est utilisé correctement, *tout bien considéré*. Aussi, la notion de l'abus de droit fondamental désigne l'usage infidèle du discours de la fundamentalité. L'abus de droit est, en ce sens également, un abus de langage.

298. Car, en matière d'abus de droit fondamental, il ne faut pas « s'en laisser imposer par les mots »<sup>3</sup>. En réalité, l'abus se produit *en fait* et non pas *en droit*. Et si, « par souci très légitime d'une langue juridique bien faite »<sup>4</sup>, l'on donnait son vrai nom à la chose, alors l'abus de droit fondamental devrait être renommé. Il s'agit, en réalité, de *l'abus de la prétention factuelle à exercer un droit fondamental*. Néanmoins, derrière l'inexactitude du nom, la chose fait correctement son œuvre. Le concept de l'abus de droit fondamental signifie ainsi un

---

<sup>1</sup> O. O'Neill, « The Dark Side of Human Rights », *International affairs* (vol. 81), mars 2005, n° 2, pp. 427-439.

<sup>2</sup> P. Ricœur, dans J.-M. Gaté, « Entretien avec Paul Ricœur », *Le Philosophoire*, 2001/3, n° 15, p. 12.

<sup>3</sup> G. Berkeley, *1<sup>ère</sup> introduction*, Works, Luce & Jessop (éd.), 1948-1957, II, p. 141 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signé*, préc., chap. 4, § 56.

<sup>4</sup> G. Morin, E. Souriau, M. Blondel, C.-A. Emges, « séance du 30 novembre 1928. l'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Les Études philosophiques*, préc., pp. 1-8.

raisonnement logique indispensable au sein de la communauté d'interprétation du discours de la fondamentalité, en particulier de la part des interprètes authentiques. Une *essence de raisonnement logique*, inhérente au discours de la fondamentalité, consistant en la contextualisation pragmatique – interdiscursive et intersubjective – du fait litigieux dont le destinataire des normes juridiques prétend qu'il est l'exercice d'un droit fondamental. Cette description logique du raisonnement juridique à l'œuvre peut paraître complexe, mais l'idée est simple : le concept de l'abus de droit fondamental signifie un contrôle pragmatique du fait social litigieux qui détermine si un tel fait constitue effectivement l'usage d'un droit fondamental. En cela, le concept de l'abus détermine concrètement le sens juridique du fait, mais aussi celui de la fondamentalité.

## Partie 2. Le déploiement du concept de l'abus de droit au sein du discours de la fundamentalité

*L'abus de droit « constitue l'une des pièces maitresses des systèmes juridiques de tous les peuples civilisés ou, plus exactement, l'atmosphère, l'élément même dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent »<sup>1</sup>.*

**299.** Telle qu'elle a été identifiée par la méthode de l'abduction, la contextualisation pragmatique qui caractérise le concept de l'abus de droit fondamental est une véritable police de la signification des droits. Elle détermine le sens juridique du fait litigieux à l'aune du discours de la fundamentalité, autant que le sens concret de la fundamentalité au regard du fait litigieux. La spécificité du concept de l'abus est donc de se positionner explicitement sur le terrain de la signification des droits fondamentaux.

**300.** L'identification d'une telle spécificité conceptuelle éclaire d'un jour nouveau les dispositions normatives de l'abus de droit fondamental (titre 1). Au moment abductif, succède ainsi le temps de l'induction pragmatiste<sup>2</sup>, et de la mise à l'épreuve de l'action conceptuelle envisagée avec le droit positif de la fundamentalité. Concrètement, il s'agira de voir en quoi l'abus de droit fondamental est un concept essentiel à l'activité normative pratique. Il met en œuvre une rationalité juridique propre qui préserve aussi bien les valeurs objectives de l'ordre juridique que l'entente intersubjective au sein d'une communauté de droit.

**301.** Logiquement s'agissant d'un concept qui se prononce sur le sens des droits, l'abus de droit fondamental délivre des enseignements précieux sur le phénomène de la fundamentalité. Autrement dit, l'identification d'une telle spécificité conceptuelle éclaire également, d'une lumière théorique nouvelle, les dispositions cognitives de l'abus de droit fondamental (titre 2). Sa connaissance réflexive orientée vers l'usage des droits est une manière

---

<sup>1</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., p. 1.

<sup>2</sup> Pour Peirce, l'induction désigne « la mise à l'épreuve des hypothèses, que celle-ci se termine par une confirmation ou par une réfutation (...). Elle se présente quand celui qui raisonne soutient déjà une théorie et n'intervient donc dans l'enquête que pour confronter les prédictions déduites de la théorie avec les résultats expérimentaux : elle part d'une théorie et mesure le degré de concordance de cette théorie avec le fait » (C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 61).



d'envisager concrètement le processus de signification des droits fondamentaux à partir de l'action initiatrice du destinataire des normes.

## **Titre 1. Le concept de l'abus de droit et les enjeux normatifs de la fundamentalité**

*« Dans ce grand miroir qui réfléchit pour nous, chaque chose naissant et mourant d'elle-même, l'abus de tout ramène à la négation de chacun et défait nos défenses dans une superbe transparence qui rend surtout possible le contrôle – de son spectacle déjà »<sup>1</sup>.*

**302.** Le discours de la fundamentalité est exigeant. Il produit des facultés et des contraintes juridiques structurelles, il convoque des valeurs systémiques au gré de situations factuelles particulières, il s'applique à l'ensemble des contentieux du droit, au sein d'ordres juridiques divers et enlacés. Les droits fondamentaux sont de plus en plus invoqués pour stabiliser des attentes de comportement contradictoires, par des interprètes publics ou privés, agissant individuellement ou collectivement, aux fins d'obtenir de nouvelles perspectives pour l'action libre ou, au contraire, les restreindre au nom de facultés déjà admises. Enfin, tout en restant fidèle aux aspirations universalistes de son infrastructure, l'application du discours de la fundamentalité requiert, inévitablement, l'appréhension complexe du détail des situations. Dans ce contexte, le concept de l'abus de droit a un rôle à jouer en matière de droits fondamentaux.

**303.** Précisément, d'un point de vue normatif, la spécification abductive de l'abus de droit fondamental a mis en lumière les dispositions de ce concept à préserver les valeurs objectives de la fundamentalité ainsi que la structure relationnelle des droits. En réalité, le *concept* de l'abus de droit fondamental n'est autre qu'un *raisonnement juridique* intrinsèque à l'application concrète de la fundamentalité. Sa vocation à opérer une contextualisation significative du fait litigieux au regard du droit applicable le rend incontournable au sein de l'activité normative pratique du discours de la fundamentalité, ne serait-ce que pour cerner ce qui relève effectivement de ce discours (chapitre 1). Par suite, la *notion* de l'abus de droit fondamental, utilisée conformément à l'objet réel du concept, est susceptible de venir enrichir

---

<sup>1</sup> J. Benzima-Hazan, « L'homme, le droit et le temps », dans *L'homme et le droit. En hommage au professeur Jean-François Flauss*, Paris, Mélanges, Pedone, 2014.

le *langage* de la fundamentalité, au-delà de la norme concrète, d'une portée symbolique et pédagogique essentielle à son œuvre normative (chapitre 2).

**304.** La démarche explicative requiert parfois d'échapper « à l'alternative du dehors et du dedans ; il faut être aux frontières »<sup>1</sup>. L'étude pragmatiste du concept de l'abus de droit fondamental s'aventurera sûrement vers ce que d'aucuns considèrent comme le point de vue interne au phénomène juridique. Fidèle à une représentation dialogique du normatif et du cognitif en droit, il s'agira simplement de montrer comment, en matière d'abus, une réorientation dans la compréhension du concept et dans l'utilisation de la notion peut rendre plus performante l'activité normative pratique de la fundamentalité.

---

<sup>1</sup> M. Foucault, « Qu'est-ce que les Lumières ? » (1984), dans *Dits et écrits. t. IV*, Gallimard, 2001, p. 1393.

## Chapitre 1. L'intérêt du concept de l'abus de droit pour l'activité normative pratique de la fondamentalité

**305.** Les enseignements du droit positif témoignent de ce que le concept de l'abus de droit, depuis son apparition, s'est toujours épanoui dans le cadre d'un contrôle concret. Un contrôle qui permet « la modélisation adéquate des rapports sociaux pertinents pour la description de l'encadrement de ces rapports par des normes »<sup>1</sup>. En matière d'abus de droit, le contrôle concret appréhende spécialement les effets sociaux de l'acte litigieux puis, logiquement s'agissant d'une appréciation de sa validité juridique, les conséquences concrètes de la norme impliquée<sup>2</sup>. Plus encore, ce qui était moins une méthode formelle de contrôle qu'un contrôle logique, finalement ni récent ni spécifique à un certain contentieux<sup>3</sup>, a structuré la « théorie » de l'abus de droit. Sans vraiment le dire, celle-ci a toujours été une théorie du fait abusif en droit. Un caractère abusif qui ne peut être appréhendé que *concrètement*<sup>4</sup>, à même le

---

<sup>1</sup> E. Picavet, « Formes sociales et actes sociaux. L'originalité du point de vue de Reinach », préc., p. 197.

<sup>2</sup> Si la prise en compte par le juge des effets concrets de l'application d'une norme n'est pas nouvelle, elle a été mise en lumière de manière éclatante au sein de la jurisprudence administrative à l'occasion de la célèbre affaire *Gonzalez Gomez* (CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848) qui opère une forme de *distinguo* entre contrôle abstrait et contrôle concret, si bien que l'application d'une loi, même conventionnelle, peut se révéler contraire aux exigences conventionnelles. Les « conséquences de son application au cas d'espèce sont si excessives et singulières que la convention s'en trouve méconnue » (L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *AJDA*, 2016, p. 1399). Dans ses conclusions sous l'arrêt, A. Bretonneau interpelle les juges du Palais-Royal à propos des conséquences concrètes de l'application normative : « nous trouverions paradoxal, alors que la Convention vous invite, dans le champ des droits fondamentaux qu'elle protège, à ne pas vous voiler la face sur les conséquences concrètes de la législation, que les limites inhérentes à un contrôle abstrait de la norme vous handicapent au point de vous empêcher de vous saisir de conséquences inconvictionnelles de l'application de la loi lorsqu'elles se présentent à vous ». Cette appréciation *in concreto* d'un comportement *contra legem* est aussi connue de la Cour de cassation, qui s'y livre plus régulièrement (Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26066 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 15 oct. 2015, n° 14-23.612 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2015, n° 14-22.095). Pour l'ancien premier président de la Cour de cassation, « l'évolution du droit européen nous conduit non pas à nous abstraire du légalisme, sinon nous ne serions plus des juges, mais à l'adapter à l'examen des conséquences, des incidences de l'application d'un texte donné au regard des circonstances de l'espèce. C'est cela la proportionnalité, qui est le nouveau légalisme » (B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême... », préc., p. 1908).

<sup>3</sup> De ce point de vue, il ne faut pas réduire le contrôle concret que présuppose historiquement et logiquement le concept de l'abus de droit au seul contrôle concret de conventionnalité (P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578 ; M. Guyomar, « Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Frédérique Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, p. 323).

<sup>4</sup> « La défiance envers les constructions abstraites, envers les systèmes déformants, la volonté de saisir les choses sans détour, dans leur sobre et franche pureté phénoménale : ce sont là des attitudes dominantes dans la mentalité de l'homme d'aujourd'hui et qui imprègnent largement la plupart des ordres d'activités intellectuelles (...) Ce vaste mouvement « vers le concret » est, sans doute, à relier aux conditions particulières de nos sociétés industrielles (...) ainsi qu'à l'accélération de l'histoire et des rythmes de vie, laquelle tend à disqualifier d'une

réel juridique, qu'il s'agisse de l'intention de l'auteur de l'acte ou de ses conséquences litigieuses au regard du but de la fundamentalité. Le concept de l'abus dévoile ainsi ses dispositions à lutter contre le liberticide concret (section 1). En même temps, l'activité normative pratique qui touche à la fundamentalité n'est pas non plus obnubilée par la décision particulière. Elle est également l'espace de concrétisation d'un discours objectif et structurel pour la communauté de droit. La norme particulière a aussi vocation à être symbolique, et à préserver concrètement l'ordre juridique dans son ensemble. Or, en tant qu'il se place du point de vue de la signification de la fundamentalité, le concept de l'abus de droit présente une utilité toute particulière aux fins de lutter contre le liberticide systémique (section 2).

### **Section 1. Les dispositions du concept de l'abus de droit fondamental à lutter contre le liberticide concret**

306. Le raisonnement logique signifié par le concept de l'abus de droit vise, on le sait, à préserver les valeurs objectives du discours de la fundamentalité autant que l'entente intersubjective entre ses destinataires. Il s'agit, pour les interprètes authentiques, d'apprécier la validité juridique d'une prétention à exercer des droits fondamentaux. Or, cette prétention est en soi normative, elle recèle une forme de normativité sociale d'avant la norme juridique formelle. Le concept de l'abus de droit vise donc à lutter contre la normativité sociale, indûment liberticide, qui prétend à la validité juridique (§ 1). Bien sûr, le liberticide concret n'est pas toujours évident et se réclame rarement comme tel. Une contextualisation complexe du fait litigieux est parfois nécessaire afin de démasquer l'oppression concrète qui se dissimule dans l'asymétrie relationnelle entre les destinataires de droits (§ 2).

---

manière générale toutes les digressions qui faisaient les délices de la pensée spéculative d'autrefois » (P. Amsselek, « La phénoménologie et le droit », *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 185).

## § 1. L'abus de droit ou l'appréciation du bien-fondé de la prétention normative du destinataire des droits fondamentaux

« Nos démocraties abritent de très nombreuses violations calculées et concertées du droit, ce qui rend sensible le bénéfice d'une analyse plus détaillée du rapport à la norme »<sup>1</sup>.

**307.** L'usage de droits fondamentaux par les destinataires est soumis à un test de validité, et toute prétention sociale normative n'équivaut pas à l'exercice d'un droit. Dans ce passage du fait au droit, le concept de l'abus est une appréciation du bien-fondé juridique de la prétention du destinataire à exercer des droits fondamentaux. Dès lors, n'en déplaise aux fossoyeurs de la fundamentalité, l'intérêt de la communauté de discours est intégré à la signification même des droits (A), en vertu nécessairement, et malgré l'emballement théorique, d'une conception préalable de la justice (B).

### A. Le concept de l'abus ou l'intérêt de la communauté de droit

**308.** La prétention normative du destinataire des droits fondamentaux désigne ce fait social (parler, crier, caricaturer, se rassembler, manifester, se vêtir, photographier, afficher, construire un mur...) dont l'auteur prétend qu'il consiste en l'exercice d'un droit fondamental. Or, ce fait, avant même le prononcé de la norme juridique concrète qui statue sur sa validité en droit, présente une première forme de normativité sociale, *ante* juridique. À l'évidence, et avant que le juge ne se prononce, lorsque Coquerel installe sur son terrain des carcasses en bois de seize mètres de haut surmontées de tiges en fer, ce fait contraint Clément-Bayard, dont le terrain est attenant, dans l'utilisation de ses ballons dirigeables<sup>2</sup>. Dans le même ordre d'idées, bien que de manière plus complexe, toute œuvre qui tourne en dérision une religion peut heurter les sentiments des croyants<sup>3</sup>. Ces deux types de faits sociaux, exemples connus des contentieux de l'abus de droit, ont le caractère de normes pratiques. Ils ont une propriété prescriptive pour l'agir individuel ou collectif. Ce sont des pratiques sociales normatives, certes non juridiques, mais qui, comme dirait le juge administratif, incitent<sup>4</sup>, influencent de manière significative<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup> E. Picavet, *La revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, préc., p. 208.

<sup>2</sup> Cass., req., 3 août 1915, préc.

<sup>3</sup> TGI Paris, 21 fév. 2002, *Légipresse*, n° 192, préc. ; CA Paris, 27 sept. 1988, préc.

<sup>4</sup> C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 2013, n° 652.

<sup>5</sup> CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n° 368082, Lebon p. 76.

font grief<sup>1</sup>, sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation des personnes<sup>2</sup>. Il y a du devoir être social dans le fait individuel qui aspire à la validité juridique<sup>3</sup>.

**309.** La prétention du destinataire des droits fondamentaux, objet du concept de l'abus, consiste justement à faire de ce fait à la normativité précaire un usage de droit fondamental, dont la normativité sociale sera dès lors protégée par le droit en tant que discours systémique. Le destinataire revendique ainsi une utilité matérielle ou morale<sup>4</sup> à son action qui justifierait la protection du discours de la fondamentalité. En la matière, les interprètes authentiques n'hésitent pas à se référer directement à la légitimité de l'intérêt mobilisé par l'exercice d'un droit fondamental. Ainsi, pour la Cour de cassation, le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression « ont la même valeur normative », de sorte « qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »<sup>5</sup>. « L'intérêt est le foyer pratique du droit dans le sens subjectif »<sup>6</sup> et l'appréciation de sa légitimité est « le précipité visible de l'abus et la pierre de touche de toute théorie de la relativité des droits »<sup>7</sup>. Cela n'équivaut pas à dire que l'intérêt mobilisé par l'exercice d'un droit est le seul intérêt du titulaire. Ainsi, l'exercice de la liberté d'expression porte un intérêt démocratique qui concerne trois types de destinataires : l'intérêt de l'orateur, l'intérêt de l'auditoire et l'intérêt des tiers<sup>8</sup>. Autrement dit, l'intérêt de celui qui s'exprime, l'intérêt de pouvoir écouter celui qui s'exprime afin simplement de communiquer, et enfin, l'intérêt de vivre dans une société dans laquelle on peut communiquer librement.

**310.** En vertu du concept de l'abus de droit fondamental, le bien-fondé de la prétention est apprécié concrètement aux fins de savoir si le discours de la fondamentalité est *seulement*

---

<sup>1</sup> CE, 19 juil. 2019, *Mme Le Pen*, n° 426389, Lebon p. 326.

<sup>2</sup> CE, sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, § 1, Lebon ; *RFDA* 2020. 801, note F. Melleray.

<sup>3</sup> La séparation radicale entre le *Sein* et le *Sollen* reportée au fait individuel conduit « à ne pas admettre la moindre aspiration normative au plan de valeur, et, donc, à éliminer tout fondement finaliste de ce qui est » (W. Sabete, « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », dans *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant* M. Doat, J. Le Goff, P. Pédrot, PUR, 2007, p. 232).

<sup>4</sup> A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », dans *Mélanges Paul Roubier. Théorie générale du droit et du droit transitoire*, Paris, Dalloz, t. 1, 1961, p. 241.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2015, n° 14-16.273.

<sup>6</sup> R. von Jhering, *La lutte pour le droit* (1890), présentation O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006, p. 45.

<sup>7</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n° 296.

<sup>8</sup> T.M. Scanlon Jr., « Freedom of Expression and Categories of Freedom », *University of Pittsburgh L.R.*, 1979, p. 519 cité par J. Raz, « On the Nature of Rights », préc., p. 207.

*applicable*. Le mobile est moins scruté pour l'action elle-même, qu'en ce que le destinataire des normes prétend que son action consiste en l'exercice d'un droit fondamental. L'interprète authentique appréhende les implications juridiques liées à la reconnaissance de la validité du fait social en tant qu'usage d'un droit fondamental. Par exemple, selon la Cour EDH, le requérant qui recourt à la force pour prélever des échantillons de cheveux sur son ex-épouse et sur sa fille dans le but de prouver en justice qu'il n'était pas le père de celle-ci, n'exerce pas, en vertu du concept de l'abus, le droit au recours individuel<sup>1</sup>. Bien sûr, en raison des dispositions interdiscursives de la fundamentalité, ces implications juridiques doivent être entendues largement, et n'excluent pas l'influence d'autres discours sociaux<sup>2</sup>. Ainsi, les propos qui appellent ouvertement à un conflit civil armé, à la fragmentation du territoire ukrainien, à la prise du pouvoir d'État par le prolétariat et à la domination de cette classe sociale sur les autres ne consistent pas en un usage de la liberté d'expression tant ils vont à l'encontre « des idéaux et valeurs fondamentales qui sous-tendent la Convention et une société démocratique, notamment la justice, les élections libres et la paix »<sup>3</sup>.

**311.** Il est vrai que le concept de l'abus de droit est particulièrement utile pour les juridictions supranationales, devant lesquelles les droits du requérant sont priorisés au regard de la structure conflictuelle, et alors même que les droits d'autrui sont désincarnés, dissimulés derrière l'institution étatique et sa volonté de légitimer son action, si bien que le juge la reçoit avec une méfiance structurelle<sup>4</sup>. La Cour EDH en particulier poursuit une « méthodologie empathique tenant compte de la singularité et de la réalité concrète de l'individu »<sup>5</sup>. Une empathie qui n'est pas nécessairement irrationnelle ou *a-juridique*, mais qui est liée au caractère émotionnel des droits de l'homme eux-mêmes. L'infrastructure du discours de la fundamentalité porte des valeurs et des idéaux auxquels les interprètes authentiques adhèrent, croient, portent leur affection. En outre, pour les ordres juridiques supranationaux, les clauses de limitation aux droits sont généralement destinées aux autorités publiques, elles visent à préserver l'ordre public au sens large et ne sont pas nécessairement adaptées aux restrictions intersubjectives. Les prétentions déraisonnables, au regard de considérations plus strictement

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 7 mars 2017, *Koch c/Pologne* (déc.), préc.

<sup>2</sup> Cf. not. P. Popelier, « Le droit constitutionnel en contexte », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 149-156.

<sup>3</sup> Cour EDH, 16 juil. 2020, *Romanov c/Ukraine* (comité), n° 63782/11, § 164.

<sup>4</sup> « Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers » (Cour EDH, *affaire linguistique Belge*, préc., § 5 B. « En droit »).

<sup>5</sup> E. Birden, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale...*, préc., p. 739.

intersubjectives, peuvent donc être sanctionnées à travers le concept de l'abus de droit. Certes, l'article 17 de la Convention EDH ne vise pas tous les droits, mais « couvre essentiellement [ceux] qui permettraient, si on les invoquait, d'essayer d'en tirer le droit de se livrer effectivement à des activités visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention »<sup>1</sup>. La finalité normative pratique du concept de l'abus de droit n'est évidemment pas pertinente pour tous les droits proclamés, à l'image des droits indérogeables qui sont, en réalité, des exigences objectives de l'ordre juridique<sup>2</sup>. La logique discursive est ainsi préservée, la théorie de l'abus de droit fondamental assure le respect des exigences objectives et intersubjectives d'une communauté de droit, qui, si elles ne sont pas formulées directement sous forme de droits fondamentaux, en constituent les limites *inhérentes* à leur *exercice*. En certaines matières, c'est même la doctrine spécialisée qui réclame l'application de la théorie de l'abus de droit. Tel est le cas s'agissant de l'invocation intempestive du droit de propriété à l'encontre des empiétements minimes sur le terrain d'autrui<sup>3</sup>, en matière processuelle concernant l'abus du droit de soulever une QPC<sup>4</sup>, ou encore dans le vaste domaine de la liberté d'expression<sup>5</sup>.

**312.** Toutefois, en ce domaine de la liberté d'expression en particulier<sup>6</sup>, il n'est pas rare que le concept de l'abus de droit soit à l'œuvre en dépit des mots de l'interprète authentique. Dans l'affaire *Leroy c/France*, le requérant, un dessinateur, fut reconnu coupable par les juridictions internes du délit d'apologie de terrorisme, concernant un dessin qui représentait l'attentat du World Trade Center, avec comme légende : « Nous en avons tous rêvé... le Hamas l'a fait ». La Cour EDH refusa d'appliquer l'article 17 en l'espèce, le fait litigieux n'atteignant

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *W.P. et a. c/Pologne* (déc.), préc.

<sup>2</sup> *Supra*. § 223.

<sup>3</sup> Cf. not. C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n<sup>os</sup> 486 et s. Une attitude prescriptive de la doctrine qui a porté ses fruits, puisque la Cour de cassation semble désormais faire intervenir le concept de proportionnalité bien que la jurisprudence reste incertaine (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 déc. 2019, préc., *supra*. § 152).

<sup>4</sup> N. Balat, P.-Y. Gautier, « De l'abus de droit de soulever une question prioritaire de constitutionnalité », *JCP G*, 2019, p. 588. Pour ces auteurs, pourraient notamment entrer dans le giron de l'abus les questions « trop éloignées des droits et libertés que la Constitution garantit » ou encore celles « relevant d'une erreur grossière, d'une légèreté blâmable ». Ils assurent, par ailleurs, que « prôner l'extension de la théorie de l'abus de droit ne signifie pas être contre la QPC, mais tout au contraire pour son fonctionnement optimal ».

<sup>5</sup> G. Cohen-Jonathan, « Discrimination raciale et liberté d'expression. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 septembre 1994, *Jersild c/Allemagne* », *RUDH*, 1995, p. 1 ; G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH*, 1995, p. 417 ; G. Cohen-Jonathan, « L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, p. 366 ; G. Cohen-Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales », dans *Mélanges L. Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 517 et s.

<sup>6</sup> Cf. égal. Cour EDH, 25 oct. 2018, *E. S. c/Autriche*, préc.



pas, selon elle, le seuil de gravité requis. Contrairement à d'autres affaires, elle ne s'est même pas référée, explicitement ou implicitement (par une rhétorique semblable), à la notion de l'abus de droit afin d'apprécier la nécessité de l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant. Pourtant, le concept de l'abus de droit nous semble être à l'œuvre en l'espèce. L'interprète authentique souligne d'emblée « que les actes tragiques du 11 septembre 2001 qui sont à l'origine de l'expression litigieuse ont entraîné un chaos mondial ». Il s'agit là d'une première forme de contextualisation factuelle, mais également interdiscursive. En ce qui concerne l'intention du requérant, la Cour de Strasbourg considère que « l'œuvre ne critique pas l'impérialisme américain, mais soutient et glorifie sa destruction par la violence »<sup>1</sup>. C'est bien *l'usage* de la liberté d'expression qui est mis en cause, au regard de la volonté de l'auteur appliquée aux conséquences de l'acte. « De par les termes employés, le requérant juge favorablement la violence perpétrée à l'encontre des milliers de civils et porte atteinte à la dignité des victimes ». Au surplus, la juridiction européenne opère une seconde forme de contextualisation discursive, de nature plus strictement géographique et temporelle. Elle retient « que le monde entier était sous le choc de la nouvelle », ce qui accroît la responsabilité de l'intéressé tout comme « l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible » (le Pays basque). Si la Cour n'a pas utilisé la notion de l'abus de droit en l'espèce, elle a opéré un raisonnement de contextualisation pragmatique du fait litigieux au terme duquel l'usage fut disqualifié pour lui-même. Bien que l'affaire ait été examinée sous l'angle d'une ingérence proportionnée à la liberté d'expression, le raisonnement du juge européen des droits de l'homme consista à dénier au requérant le bien-fondé de la prétention à se voir appliquer le régime protecteur de cette liberté, notamment en matière artistique. En retenant la même opportunité normative (la non-violation de l'article 10 par l'État défendeur), la Cour aurait pu utiliser la notion de l'abus de droit afin de stigmatiser l'intention condamnable du requérant. Particulièrement en ce domaine de la liberté d'expression, pour lequel l'utilité à venir de la notion de l'abus de droit fondamental n'est pas mince. Selon les propres mots de la Cour EDH, « si la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression, les avantages de ce média s'accompagnent d'un certain nombre de risques, avec une diffusion comme jamais auparavant dans le monde de propos clairement illicites, notamment des propos diffamatoires, haineux ou appelant à la violence »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 2 oct. 2008, *Leroy c/France*, § 43.

<sup>2</sup> Cour EDH, 2 septembre 2021, *Sanchez c/France*, n° 45581/15, § 86. Cf. égal. Cour EDH, 11 mai 2021, *Kilin c/Russie*, n° 10271/12, § 78 : « The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms may be higher than that posed by the press, as “unlawful

Les formes de sociabilité induites de la prééminence du numérique laissent effectivement libre cours à des abus de droit dont les conséquences sont de plus en plus visibles. Les abus de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux notamment<sup>1</sup>, à l'audience sans cesse élargie, font craindre l'avènement d'une ère de post-vérité qui rend incertaine les conditions de l'agir démocratique<sup>2</sup>.

**313.** Dès lors, à la norme individuelle inhérente à l'action des sujets de droit, s'oppose la norme sociale du discours juridique en général, et celui de la fondamentalité en particulier. D'un point de vue juridique, n'en déplaise aux fossoyeurs des droits de l'homme, la revendication subjective n'est pas illimitée. La contextualisation pragmatique opérée par le concept de l'abus de droit au sein du discours de la fondamentalité déconstruit complètement la représentation d'un système juridique qui, axé autour des droits fondamentaux, traduirait sans la moindre investigation dogmatique et méthodique toute prétention individuelle en norme de droit<sup>3</sup>. Au contraire, le concept de l'abus proclame la non-équivalence des intérêts comme des prétentions dans la revendication d'un droit fondamental. Il questionne les *raisons pour l'action* juridique<sup>4</sup>, « le pourquoi du pouvoir attribué à l'individu »<sup>5</sup>, corrigeant parfois ses vanités, en rappelant simplement que le sens conféré à un droit par le destinataire des normes n'est pas nécessairement le sens juridique de ce droit fondamental. L'abus est un filtre au *facteur causal*<sup>6</sup> entre le fait et le droit. Cette disposition du concept de l'abus de droit au sein

---

speech”, including hate speech and calls to violence, can be disseminated as never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online ».

<sup>1</sup> *Sanchez c/France*, préc. Dans cette affaire, la condamnation pénale d'un élu, non pas en raison de son propre usage de la liberté d'expression, mais du fait de son manque de vigilance et de réaction concernant certains commentaires illicites sur le mur public de son compte Facebook, n'emporte pas la violation de l'article 10. Le requérant a effectivement été jugé responsable en sa qualité de producteur d'un site de communication au public en ligne.

<sup>2</sup> Aussi, le législateur a-t-il cru bon d'adopter une disposition qui instaure une procédure de référé permettant d'obtenir, durant les trois mois précédents les diverses élections, la cessation de la diffusion de fausses informations sur les services de communication au public en ligne, lorsqu'elles sont de nature à altérer la sincérité du scrutin. Une telle disposition est conforme à la Constitution, sous réserve que le caractère inexact ou trompeur de ces informations soit manifeste (CC, 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, § 23).

<sup>3</sup> Comme semble le penser A.-M. Le Pourhiet, pour qui « l'égoïsme et le matérialisme forcenés des sociétés modernes conduisent à ériger en droit n'importe quel besoin considéré comme légitime dès qu'il est formulé, sans qu'on s'interroge véritablement ni sur sa valeur, ni sur son contenu, ni sur l'éventuel danger de sa satisfaction pour l'avenir de la société et de l'humanité » (« A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, nov. 1991, n° 59, p. 159).

<sup>4</sup> J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975, spéc. pp. 10-18.

<sup>5</sup> N. Irti, *Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 44 cité par L. Tullio, « La valeur de la théorie de "l'abus de droit" », *Revue juridique de l'Ouest*, 2015/4, p. 23.

<sup>6</sup> S. Romano, « Abuso del diritto (diritto attuale) », *Enciclopedia del diritto*, I, éd. Giuffrè, Milano, 1958, p. 168 cité par L. Tullio, préc., p. 25.

du discours a pu être assimilée par la doctrine à un *mécanisme correcteur*<sup>1</sup> – « l’un des plus connus dans l’histoire de la pensée juridique »<sup>2</sup> – redressant la direction d’une signification que le droit ne pouvait prendre. Ce faisant, le concept de l’abus préserve l’intégrité de la signification d’un droit, afin que celle-ci ne soit pas « affaiblie ou minimisée »<sup>3</sup>. Puisque, à l’inverse, si l’usage d’un droit est valide du point de vue du discours de la fondamentalité, il bénéficie d’une protection juridique prioritaire. Du reste, choisir entre les sens des droits, c’est nécessairement agir en vertu de conceptions axiologiques préalables. Nous apprenons alors quelque chose sur la justice en examinant les traits caractéristiques du concept de l’abus de droit<sup>4</sup>.

### B. Une conception objective de la justice saisie par le concept de l’abus de droit

**314.** La question anime les controverses théoriques, mais enfin il fait peu de doutes que l’appréciation du bien-fondé juridique de l’action normative individuelle ne puisse se défaire d’une conception préalable de la justice, plus ou moins formalisée en droit<sup>5</sup>. Rappelant par-là l’action conceptuelle de l’abus de droit fondamental, selon R. von Jhering :

« [devant] l’intérêt de l’égoïsme individuel, la société a le droit, autant que le devoir, d’opposer son propre intérêt. Or, l’intérêt de la société, c’est non seulement ce qui sert l’individu, mais ce qui est utile à la généralité, ce qui garantit l’existence de tous. Cela, je l’ai dit (...) c’est la justice »<sup>6</sup>.

Comme le concept de proportionnalité auquel il est intrinsèquement lié<sup>7</sup>, l’abus de droit lutte effectivement contre l’excès, *contre la démesure dans l’usage des droits*. Il est donc

---

<sup>1</sup> E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 27. Pareillement, selon A. Pirovano, « l’abus de droit est essentiellement une création de la jurisprudence qui y voit un mécanisme correcteur, une soupape de sûreté permettant au juge d’assouplir le jeu des mécanismes juridiques » (« L’abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence française », dans *Inchieste di diritto comparato* M. Rotondi (dir.), vol. VII, Cedam, 1979, p. 315).

<sup>2</sup> S. Patti, « Abuso del diritto », *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, I, Utet, Torino, 1987, p. 1 cité par L. Tullio, « La valeur de la théorie de “l’abus de droit” », préc., p. 19.

<sup>3</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, préc., p. 291.

<sup>4</sup> Pour paraphraser H. Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford, 1994, p. 2 : « We learn something about justice by examining the formal or characteristic features of rights ».

<sup>5</sup> Une formalisation sans équivoque lors des premières manifestations de la théorie de l’abus. Ainsi, la Cour de Colmar de considérer dans son arrêt « fondateur » du 2 mai 1855 que « les principes de la morale et de l’équité s’opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance » (*Daerr*, D.P., 1856, préc.).

<sup>6</sup> *L’évolution du droit*, préc., p. 97.

<sup>7</sup> Pour P. Muzny, « la justice s’incarne dans la proportionnalité, à laquelle cette dernière donne vie » (*La technique de proportionnalité...*, préc., p. 22).

fondamentalement un concept de justice [la mesure de *Dikè*, opposé à la démesure d'*hybris*]<sup>1</sup>, qui prescrit de s'en tenir au sien, sans nuire à autrui, en vertu de la signification intersubjective des droits et *a contrario* d'une déification de la volonté de puissance individuelle<sup>2</sup>, qu'une compréhension erronée de la fundamentalité soutiendrait. À travers le concept de l'abus de droit, la philosophie de la justice est ramenée du monde des idées à la normativité juridique<sup>3</sup>. En se positionnant directement au sein du processus de signification de la fundamentalité, le concept de l'abus poursuit l'équilibre<sup>4</sup> dans le droit, *in re*. Il est une logique de la juste répartition, de la juste proportion. Le juste, disait Aristote, est « un milieu entre des extrêmes qui, autrement, ne seraient plus en proportion »<sup>5</sup>. Cela n'équivaut pas à dire que la théorie de l'abus de droit se réduise à une lecture simplifiée et caricaturée d'un droit naturel peu saisissable<sup>6</sup>, ou que, réciproquement, le droit dans son ensemble soit intrinsèquement juste<sup>7</sup>. L'objectivité conceptuelle de l'abus de droit fondamental est *essentiellement logique*, elle est une forme de raisonnement au sein du discours juridique, nécessairement faillible et constamment à l'épreuve de la pratique normative. Autrement dit, le principe de justice porté par le concept de l'abus de droit est de nature méthodique.

**315.** Par ailleurs, la mesure dans l'usage ne satisfait pas seulement à des considérations de justice ou d'équité morale. La recherche de la juste proportion dans l'exercice des droits poursuit plus généralement une finalité d'entente intersubjective<sup>8</sup>, de préservation des

---

<sup>1</sup> D. Mantovani, « Quand la justice abandonna la terre. Naissance du droit et poésie des origines » (Droit, culture et société de la Rome antique), *Cours au collège de France* [en ligne] 20 mars 2019.

<sup>2</sup> J. Benda, *La Grande épreuve des démocraties*, préc., p. 192.

<sup>3</sup> Des implications normatives concrètes pour le concept de justice, contrairement à ce qu'affirme avec brio J.-M. Gaté, dans son entretien avec P. Ricœur : « Aussi admirable que soit la justice, elle semble se perdre dans le firmament de nos Idées et n'est plus pour nous que ce que sont les étoiles, l'occasion d'une contemplation ou d'une rêverie » (*Le Philosophoire* (n° 15), 2001/3, p. 10).

<sup>4</sup> Une conception de la justice comme recherche de « l'équilibre adéquat » (J. Rawls, *Théorie de la justice*, préc., p. 36).

<sup>5</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2004, p. 142.

<sup>6</sup> Pour M. Hauriou, lorsque « la loi positive ne suffit pas à notre instinct de justice, il se crée en avant d'elle un certain idéal, un certain droit naturel, une certaine conception de l'équité et de la bonne conduite, qui nous interdit certaines façons d'agir. Cet idéal n'est pas individuel, il est au contraire collectif (...) C'est à cette sorte de droit naturel que correspond la théorie de l'abus de droit » (note sous CE, 27 fév. 1903, *Olivier et Zimmerman*, préc.).

<sup>7</sup> O. Pfersmann, « Droit et justice », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1, n° 33, pp. 27-41.

<sup>8</sup> Cf. Cour EDH, 9 déc. 2013, *Vona c/Hongrie*, préc. ; *supra* §§ 284 et s.

structures démocratiques<sup>1</sup>, d'efficacité économique<sup>2</sup>, ou encore de bon fonctionnement de l'administration<sup>3</sup> ou de l'entreprise privée<sup>4</sup>. La poursuite de cet *équilibre éthique et logique*<sup>5</sup> dans les relations juridiques est également rendue nécessaire par l'asymétrie concrète qui peut gouverner aux rapports entre les destinataires de droits fondamentaux.

---

<sup>1</sup> Ainsi, en matière institutionnelle, le Conseil constitutionnel considère « que le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que, parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins (...) cette *double exigence implique qu'il ne soit pas fait un usage manifestement excessif de ces droits* » (CC, 30 déc. 1995, n° 95-370 DC, cons. 10 et 11). De manière générale, selon la Cour EDH : « c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique" » (29 avril 1999, *Chassagnou et a. c/France*, n°s 25088/94 et a. ; § 113).

<sup>2</sup> *Supra*. § 195 et *infra*. §§ 325 et s.

<sup>3</sup> L'amende prévue en cas d'abus de droit au recours par l'article 628 du code de procédure civile « est instituée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (CE, Ass., 5 juil. 1985, n° 21892, préc.).

<sup>4</sup> Cass. Soc., 10 fév. 2021, n° 19-14.021.

<sup>5</sup> Cette idée de *juste équilibre* est connue des interprètes authentiques de la fundamentalité. Ainsi, pour la Cour EDH, « au vu des conséquences qu'a entraînées l'irrecevabilité du pourvoi pour le requérant, la Cour estime qu'il s'est vu imposer une charge disproportionnée *qui rompt le juste équilibre* entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et d'autre part le droit d'accès au juge » (5 nov. 2015, *Henrioud c/France*, n° 21444/11, § 66, *nous soulignons*). La Cour de cassation a également intégré cette logique de *juste équilibre*. Dans un rapport sur le contrôle de conventionnalité remis à la première présidente en juin 2020, fruit d'une réflexion collective au sein de la Cour conduite par la présidente de la première chambre civile, Anne-Marie Batut, il est énoncé que « le contrôle de conventionnalité lors de l'application des normes de droit interne, découlant de l'article 55 de la Constitution, répond à la nécessité pour le juge de vérifier le respect d'un "juste équilibre" entre les objectifs poursuivis par le législateur et les moyens utilisés pour les atteindre, lesquels ne doivent pas porter une atteinte excessive et insupportable aux droits fondamentaux d'autrui » (*Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, Cour de cassation [en ligne], juin 2020, p. 5). Aussi, en matière contractuelle, la notion de clause abusive a pour but de lutter contre le *déséquilibre significatif* entre les parties au contrat. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu la « similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles (...) L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6 (...) du code du commerce » même si cela « n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur », preuve du caractère pragmatique du concept de l'abus de droit (Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547). Selon le Conseil constitutionnel, cette notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, dont le contenu est précisé par la jurisprudence, est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits (CC, 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, § 4).

## § 2. L'abus de droit ou l'attention portée à l'asymétrie concrète entre les destinataires de droits fondamentaux

« *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »<sup>1</sup>.

**316.** Si les destinataires des droits fondamentaux forment une communauté de discours, encore faut-il que ses membres soient effectivement considérés à égalité juridique. Une égalité réelle du point de vue du discours de la fundamentalité, qui nécessite parfois de dépasser, concrètement, l'indifférenciation formelle entre les destinataires des droits (A). L'asymétrie des prérogatives sociales oblige effectivement à reconsidérer de manière complexe les relations juridiques impliquées par l'exercice de droits fondamentaux. Certaines structures relationnelles typiques sont particulièrement propices aux pratiques abusives (B).

### A. *L'abus de droit et la nécessaire différenciation concrète entre les destinataires de droits fondamentaux*

**317.** Il est certain que les logiques déclaratoires de droits fondamentaux ont produit une généralisation consciente quant à la désignation des destinataires. Celle-ci se manifeste, d'un point de vue linguistique, par l'usage de quantificateurs universels (« tous », « chacun », « nul », « aucun »...) ou de groupes nominaux indéfinis (« tout être humain », « toute personne », « tout citoyen »...)<sup>2</sup>. Le droit français est particulièrement attaché à cette indifférenciation<sup>3</sup> conforme à la perspective universaliste de la philosophie des droits de l'homme. Devant les vicissitudes que pouvait générer cette approche englobante sur le plan de l'effectivité, les déclarations de droits au niveau régional et international ont eu tendance à se particulariser, désignant parfois des groupes sociaux de manière objective<sup>4</sup>. Cette segmentation

---

<sup>1</sup> H. Lacordaire, *Sermon à la chaire de Notre-Dame* (1848) dans *Conférences de Notre-Dame de Paris* (1835-1851), Paris, Sagnier et Bray, 1855.

<sup>2</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 182

<sup>3</sup> V. Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9/2016.

<sup>4</sup> En France, le Conseil constitutionnel a admis que des concours puissent favoriser certains types de candidats en fonction de leurs établissements de formation (14 janv. 1983, n° 82-153 DC) ou que certains salariés puissent bénéficier de règles protectrices particulières en fonction de leur région ou de leur condition sociale (29 juil. 1989, n° 89-257 DC). De manière générale, on le sait, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans les deux cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (not. CC, 28 mai 2010, n° 2010-1QPC, § 8 ; X. Bioy, dans *Les grands arrêts du droit des libertés*

des destinataires des droits a évidemment suscité des controverses théoriques sur la signification de la fundamentalité et le risque communautaire – en un sens politique<sup>1</sup>. La communauté d'interprétation de la fundamentalité a tout de même appris à penser l'égalité dans le bénéfice des droits de manière plus subtile, en se plongeant parfois dans la concrétude complexe des situations<sup>2</sup>. « En substance, lorsque nous montrons un attachement à l'égalité et que nous nous engageons à réaliser cette égalité par la voie juridique, nous nous donnons pour objectif de garantir à toute personne les conditions nécessaires à son autonomie »<sup>3</sup>.

**318.** L'abstraction universaliste dans la désignation des destinataires de droits fondamentaux n'est effectivement pas sans poser de difficultés du point de vue de l'activité normative pratique. Une abstraction aveugle étant susceptible d'ériger des rapports juridiques inégaux, au bénéfice des plus forts<sup>4</sup>. « On sous-estime trop aisément la gravité des atteintes que certains particuliers peuvent porter à la liberté des autres... La contrainte matérielle laisse la liberté du faible à la merci du fort »<sup>5</sup>. Aussi, le discours de la fundamentalité ne renonce pas à

---

*fondamentales* X. Dupré de Boulois (dir.), Dalloz, 2 éd., 2019, p. 376). Le Conseil se montre toutefois réticent à consacrer des droits spécifiques en faveur de groupes objectifs au sein du peuple français (9 mai 1991, n° 91-290 DC ; 15 juin 1999, n° 99-412 DC). Aussi, il a fallu attendre les révisions de la Constitution du 28 juin 1999 et du 23 juillet 2008 pour qu'il reconnaisse la constitutionnalité de certaines politiques de quotas et de parité (24 juin 2010, n° 2010-608 DC ; 24 avril 2015, n° 2015-465 QPC).

<sup>1</sup> P. Gérard, *L'esprit des droits: philosophie des droits de l'homme*, préc., p. 159 ; C. Langlais, « Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme. De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'Homme...*, préc., pp. 181 et s.

<sup>2</sup> L'évolution du droit de l'Union européenne en matière de non-discrimination est exemplaire. Au début, sur cette question, le traité de Rome imposait seulement aux États d'assurer l'égalité de rémunération sans discrimination fondée sur le sexe. L'enjeu de l'égalité de traitement s'est ensuite développé en matière d'emploi avec les directives 75/117/CE et 76/207/CEE et l'arrêt *Defrenne* de la CJCE (8 avril 1976, aff. C-43/75, préc.). L'adoption de l'article 13 TCE, modifié par le traité d'Amsterdam, devenu 19 TFUE, a singulièrement densifié la législation destinée à la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Cette disposition a constitué la base des directives 2000/43/CE relative à la discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique et 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui prohibent, toutes deux, la discrimination directe, mais aussi la discrimination indirecte, c'est-à-dire la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour certaines personnes par rapport à d'autres. Principe général du droit de l'Union (CJUE, 13 sept. 2011, *Prigge e.a.*, aff. C-447/09, § 38), le principe de non-discrimination est d'une exigence particulière dans cet ordre juridique, puisque si la discrimination indirecte peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif sont nécessaires, appropriés et proportionnés, en cas de discrimination directe, au contraire, seule une dérogation spécifique prévue par la législation en cause est admise (E. Sharpston, *Conclusions présentées le 13 juil. 2016 dans l'affaire Asma Bougnaoui et ADDH c/Micropole SA*, aff. C-188/15, §§ 58 et s.).

<sup>3</sup> M. Póiares Maduro, *Conclusions présentées le 31 janv. 2008 dans l'affaire S. Coleman c/Attridge Law et Steve Law*, aff. C-303/06, § 11.

<sup>4</sup> M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31.

<sup>5</sup> J. Rivero, *Les libertés publiques*, préc., p. 194.

la désignation puis à la protection spéciale des personnes les plus vulnérables, telles que les enfants<sup>1</sup>, les demandeurs d'asile<sup>2</sup> ou les minorités nationales<sup>3</sup>, afin que la garantie des droits fondamentaux soit *concrète et effective*<sup>4</sup>. *L'abus d'une situation de vulnérabilité* peut ainsi caractériser l'illicite, y compris en matière de fundamentalité. Il est un élément définitionnel particulièrement pertinent de la traite des êtres humains.

« L'expression "traite des êtres humains" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, *abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité*, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 24 juil. 2012, *Dordevic c/Croatie*, n° 41525/10, § 138.

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 21 janv. 2011, *M.S.S c/Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 251 : « La Cour accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale (...). Elle note que ce besoin d'une protection spéciale fait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne, comme cela ressort de la Convention de Genève, du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union européenne ».

<sup>3</sup> Comme en témoigne la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales de 1995 au sein de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. Selon la Cour EDH, « l'on peut dire qu'un consensus international se fait jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie (...), non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble ». En outre, « même si l'appartenance à une minorité dont le mode de vie traditionnel diffère de celui de la majorité de la société ne dispense pas de respecter les lois destinées à protéger le bien commun (...), cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois. (...) La vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre (...) lors de la prise de décision dans des cas particuliers (...). Dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux États contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie (18 janv. 2001, *Chapman c/Royaume-Uni*, préc., §§ 93 et 96, nous soulignons).

<sup>4</sup> Cf. not. L. Burgorgue Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe* Paris, Pedone, 2014, 246 p. ; J.-Y. Carlier, « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *RIEJ*, 2017/2, vol. 79, pp. 175-204.

<sup>5</sup> Art. 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (a), nous soulignons. La Cour EDH s'appuie notamment sur cette Convention – circulation matérielle des sources de la fundamentalité – pour interpréter la Convention EDH, si bien que la notion de « traite d'êtres humains » relève en elle-même de la portée de l'article 4 de la Convention, bien que l'expression n'y figure pas (7 janv. 2010, *Rantsev c/Chypre et Russie*, préc., § 282). Par ailleurs, le Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) a adressé des recommandations à plusieurs États membres afin qu'ils adaptent leurs législations pénales à une définition de la traite des êtres humains qui soit suffisamment large pour prévenir toutes formes d'exploitation. L'abus d'une situation de vulnérabilité est un élément particulièrement pertinent puisqu'il vise les situations de détresse pouvant conduire un être humain à accepter sa propre exploitation. Dès lors, le consentement



**319.** Le concept de l'abus désigne ces situations subtiles de contraintes matérielles ou morales, pour lesquelles la victime peut être amenée à consentir à sa propre exploitation. Les juristes connaissent, en de nombreux domaines, cette « part d'aliénation dans le consentement »<sup>1</sup>, au-delà des apparences. Il en a été beaucoup question, s'agissant des droits fondamentaux, à propos du fameux arrêt de la Cour EDH : *K.A et A.D c/Belgique*<sup>2</sup>. L'affaire est connue, les requérants adeptes de pratiques sadomasochistes s'étaient livrés à une escalade sadique de pratiques violentes occasionnant de graves dommages corporels à leur victime, dont ils avaient fini par ignorer le consentement. Tout en reconnaissant que la condamnation des requérants constituait une ingérence proportionnée dans leur droit à la vie privée, le raisonnement de la Cour a été sévèrement critiqué par une partie de la doctrine en ce qu'elle a soutenu que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut alors des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité<sup>3</sup>. En dépit de ce qu'ont avancé les critiques démesurées<sup>4</sup>, la Cour a tout de même reconnu que le consentement de la victime ne peut constituer une cause de justification susceptible de neutraliser l'élément légal de l'infraction pénale<sup>5</sup>. Quand bien même, certains spécialistes ont vu dans cette affaire un « abus des droits de l'homme »<sup>6</sup>, avalisé par la Cour de Strasbourg. C'est probablement tout le contraire, et le raisonnement de la juridiction européenne nous semble révéler justement l'œuvre implicite du concept de l'abus de droit. En l'espèce, la Cour a effectivement dénié aux requérants l'exercice de la liberté sexuelle à l'aune d'une contextualisation intersubjective *inhérente à la signification de ce droit*. Car, « si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, *une limite qui doit trouver application [à cette liberté]* est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des

---

d'une victime n'est pas dirimant pour déterminer s'il y a eu délit de traite des êtres humains (*Rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pour la session ministérielle d'Helsinki : Relever les défis à venir – Renforcer le Conseil de l'Europe*, avril 2019).

<sup>1</sup> M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

<sup>2</sup> Cour EDH, 17 fév. 2005, n<sup>os</sup> 42758/98 et 45558/99.

<sup>3</sup> *K.A et A.D c/Belgique*, § 84.

<sup>4</sup> M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2973.

<sup>5</sup> *K.A et A.D c/Belgique*, § 55.

<sup>6</sup> M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J.-P. Marguénaud, F. Tulkens, « Controverses sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n<sup>o</sup> 48, pp. 3-58.

conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas »<sup>1</sup>. Autrement dit, ici, les requérants n'ont pas fait un usage valide de la liberté sexuelle. Il ne fallait pas confondre, en l'occurrence, l'affirmation par la Cour EDH du principe de la liberté sexuelle telle qu'elle résulte de l'autonomie personnelle<sup>2</sup> avec les faits dont elle avait à connaître, lesquels, précisément, ne consistaient pas en l'exercice de cette liberté.

**320.** À travers le raisonnement caractéristique de l'abus, la considération minimale des droits d'autrui intègre la *représentation juridique* de l'autonomie personnelle. Au-delà de la qualification pénale, le consentement de la victime n'est pas un critère indépassable d'exonération de la responsabilité dans l'exercice de la liberté. En ce qui concerne la traite des êtres humains particulièrement, seule une contextualisation complexe de la situation litigieuse, *à la lumière de l'ensemble des faits de la cause*<sup>3</sup>, permet de démasquer l'illicite. L'*abus d'autorité, de dépendance* ou de *confiance* peut ainsi mener à des formes de travail forcé<sup>4</sup>, de servitude<sup>5</sup>, voire d'esclavage<sup>6</sup>, malgré le consentement initial. Le concept de l'abus implique

---

<sup>1</sup> *K.A et A.D c/Belgique*, § 85, nous soulignons.

<sup>2</sup> J.-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.*, 2005, p. 341.

<sup>3</sup> La Cour EDH considère que « lorsqu'un employeur abuse de son pouvoir ou tire profit de la situation de vulnérabilité de ses ouvriers afin de les exploiter, ceux-ci n'offrent pas leur travail de plein gré. Le consentement préalable de la victime n'est pas suffisant pour exclure de qualifier un travail de travail forcé. *La question de savoir si une personne offre son travail de plein gré est une question factuelle qui doit être examinée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes d'une affaire* » (*Chowdury et a. c/Grèce*, préc., § 96, nous soulignons).

<sup>4</sup> « S'agissant de l'offre de travail ou de service "de plein gré", les organes de contrôle de l'OIT ont examiné diverses facettes du problème et se sont intéressés notamment à la forme et à l'objet du consentement, à l'incidence des contraintes extérieures ou des pressions indirectes, ainsi qu'à la possibilité d'annuler un accord librement consenti. On constate là encore qu'il existe toute *une variété de formes subtiles de contraintes*. Les victimes du travail forcé sont fréquemment des personnes qui, initialement, se sont engagées de leur plein gré dans un travail – même s'il a fallu pour cela *abuser de leur confiance* – et qui comprennent plus tard qu'elles ne sont plus libres de le quitter, entravées qu'elles sont par des liens qui peuvent être de nature juridique, physique ou psychologique. *On peut toutefois considérer que le consentement initial est sans valeur s'il a été obtenu par une escroquerie ou un abus de confiance* » (Conférence internationale du travail, « Le coût de la coercition », *Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 98<sup>e</sup> session, 2009, § 25, nous soulignons).

<sup>5</sup> « As indicated by the Aire Centre and the Equality and Human Rights Commission in their third party interventions, domestic servitude is a specific offense, distinct from trafficking and exploitation, which involves a *complex set of dynamics, involving both overt and more subtle forms of coercion, to force compliance* » (Cour EDH, 13 fév. 2013, *C.N c/Royaume-Uni*, n° 4239/08, § 80, nous soulignons). Aussi, Cour EDH, 26 oct. 2005, *Siliadin c/France*, n° 73316/01.

<sup>6</sup> « L'Assemblée parlementaire note avec consternation que l'esclavage existe toujours dans l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle. Bien que l'esclavage ait été officiellement aboli il y a plus de 150 ans, il reste en Europe des milliers de personnes maintenues en esclavage, traitées comme des objets, humiliées et victimes d'abus (...). Les esclaves d'aujourd'hui sont en majorité des femmes qui travaillent le plus souvent chez des particuliers, chez qui elles arrivent comme domestiques immigrées, personnes au pair ou «épouses achetées par correspondance». *La plupart sont arrivées de leur plein gré*, dans l'espoir d'améliorer leur situation ou d'échapper à la pauvreté et à des conditions de vie difficile, mais certaines ont été trompées par leurs employeurs, des agences ou d'autres

une reconstitution du contextuel factuel d'application normative, qui oriente la qualification et, finalement, la signification du droit applicable. La préservation de la dignité de la personne humaine, infrastructure de la fundamentalité, nécessite une telle concrétisation. L'abus de droit internalise dans la signification juridique l'exigence matricielle de dignité, ce qui est une manière de reconstituer l'impératif de justice au sein du discours des droits fondamentaux<sup>1</sup>. Il est d'une certaine façon, non sans emphase, cet instrument de *l'humanisme concret*<sup>2</sup>.

**321.** Du reste, les dispositions normatives du concept de l'abus de droit ne se révèlent pas seulement lorsqu'il se crée un déséquilibre particulier, concret, presque inattendu entre les droits des destinataires des normes. En de nombreuses situations également, ce déséquilibre est objectif, pensé, structuré, parfois institutionnalisé par le discours juridique lui-même, au risque de voir éclore de cette disparité les pratiques structurellement abusives.

---

intermédiaires, ou se retrouvent avec des dettes à rembourser, ou ont même été victimes de la traite. Lorsqu'elles se retrouvent au travail (ou mariées à un «mari-consommateur»), elles sont cependant vulnérables et isolées. Cela offre de nombreuses occasions à des employeurs ou à des maris abusifs de les transformer en esclaves domestiques » (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1663 (2004)* : « Esclavage domestique : servitude, personnes au pair et épouses achetées par correspondance », 22 juin 2004, nous soulignons).

<sup>1</sup> Une conception de la justice liée au respect de la dignité humaine qui n'est pas sans rappeler celle défendue par P. J. Proudhon en 1858 : « La Justice (...) c'est le respect, spontanément éprouvé et réciproquement garanti, de la dignité humaine, en quelque personne et dans quelque circonstance qu'elle se trouve compromise, et à quelque risque que nous expose sa défense ». Le philosophe articulait déjà sa conception des droits autour de la dignité : « Le droit est pour chacun la faculté d'exiger des autres le respect de la dignité humaine dans sa personne ; – le devoir, l'obligation pour chacun de respecter cette dignité en autrui. Au fond, droit et devoir sont termes identiques, puisqu'ils sont toujours l'expression du respect, exigible ou dû ; exigible parce qu'il est dû, dû parce qu'il est exigible : ils ne diffèrent que par le sujet : moi ou toi, en qui la dignité est compromise » (*De la justice dans la révolution et dans l'Église* (1858) dans *Droits de l'homme et philosophie* F. Worms, préc., pp. 318-319).

<sup>2</sup> G. Morin, « L'abus du droit et les relations du réel... », préc.

## *B. L'abus de droit fondamental et la nécessaire pondération pratique au sein de relations juridiques objectivement déséquilibrées*

**322.** Au sein de sociétés pluralistes et complexes où les centres de pouvoirs sont fragmentés<sup>1</sup>, et où les relations de domination peuvent être institutionnalisées par le droit, l'équilibre logique commandé par le discours de la fondamentalité se maintient aussi par des concepts pragmatiques. En l'occurrence, le concept de l'abus de droit fondamental se déploie aussi bien dans les relations juridiques propres à l'entreprise privée (1), qu'au sein de rapports économiques entre personnes morales sur un marché (2).

### *1) Le concept de l'abus de droit fondamental à la recherche de l'équilibre relationnel en entreprise*

**323.** Dans l'entreprise privée, lieu d'interaction et de socialisation<sup>2</sup>, le discours de la fondamentalité gouverne de plus en plus des relations juridiques par définition asymétriques<sup>3</sup>. D'un côté, les droits sociaux prévus spécialement en France dans le Préambule de 1946, tels que le droit de grève<sup>4</sup>, la liberté syndicale<sup>5</sup>, le droit à l'emploi<sup>6</sup> ou encore le droit de participation<sup>7</sup>, peuvent faire obstacle à des dispositions législatives qui favoriseraient par trop les prérogatives de l'employeur au détriment de la liberté d'action des salariés<sup>8</sup>. D'un autre côté, les droits fondamentaux de l'employeur, de nature économique notamment, peuvent jouer

---

<sup>1</sup> Cf. not. B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global. L'économie de marché est-elle juste ?*, t. 4, Académie Royale de Belgique, 2014, 124 p.

<sup>2</sup> Ministère du Travail, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées. (Version employeurs) » [en ligne], fév. 2018, p. 3.

<sup>3</sup> Cf. not. I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse, Paris-X Nanterre, 1998 ; J. Levy-Amsellem, *Droit du travail et droits fondamentaux*, Thèse, Toulouse 1 Capitole, 2006.

<sup>4</sup> Cass. Soc., 7 juin 1995, n° 93-46448 ; Cass. Soc., 13 nov. 1996, n° 93-42.247 ; Cass. Soc., 15 déc. 2009, n° 08-43.603.

<sup>5</sup> Cass. Soc., 8 juil. 2009, nos 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032.

<sup>6</sup> Dont découle le droit au reclassement du salarié menacé de licenciement économique (CC, 13 janv. 2005, n° 2004-509 DC).

<sup>7</sup> CC, 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC. En l'occurrence, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire au Préambule de 1946, qui prévoit le droit de participation du salarié à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, une disposition qui limitait aux seuls salariés de l'entreprise le corps électoral appelé à désigner les représentants des travailleurs, écartant ainsi ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail que constitue l'entreprise sans être pour autant salariés.

<sup>8</sup> Et le Conseil constitutionnel d'être amené à « concilier en permanence les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 avec les Libertés fondamentales de la déclaration de 1789 » même « s'il n'exerce qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre des droits créances du Préambule de 1946 » (O. Dutheillet de Lamothe, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2014, n° 45).

un rôle ambigu et favoriser le phénomène de domination. Il faut dire, là encore, que le contexte de la relation de travail joue un rôle *significatif* dans la concrétisation des droits fondamentaux. Selon la Cour EDH, « le droit du travail présente des caractéristiques spécifiques qui doivent être prises en compte. La relation entre un employeur et son employé est une relation contractuelle, assortie pour chacun de droits et d'obligations particulières, et caractérisée par un lien de subordination légale. Elle est régie par un régime juridique propre, qui se distingue nettement du régime général des relations entre individus »<sup>1</sup>. Dès lors, certains propos virulents à destination du supérieur hiérarchique peuvent plus facilement dégénérer en abus de la liberté d'expression<sup>2</sup>. De même, le droit à la vie privée reçoit une application particulière sur le lieu de travail<sup>3</sup>. L'employeur peut notamment reprocher au salarié un manquement à ses obligations contractuelles en raison d'un usage abusif de l'outil informatique à des fins privées<sup>4</sup> ou à des fins immorales susceptibles de nuire aux intérêts de l'entreprise<sup>5</sup>. Le concept de l'abus de droit est également utilisé pour encadrer le droit de grève<sup>6</sup>, notamment en matière de service public<sup>7</sup>. De manière générale, l'abus est constitué lorsque, du fait de la grève, se produit une véritable désorganisation de l'entreprise et non de simples perturbations dans son fonctionnement<sup>8</sup>. Autrement dit, lorsque sont outrepassées les *conséquences normales de l'exercice du droit de grève*. En particulier, l'entrave à la liberté du travail du personnel non gréviste est susceptible

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 5 sept. 2017, *Bărbulescu c/Roumanie*, n° 61496/08, § 117.

<sup>2</sup> Constituent des propos excessifs, dépassant le cadre de la liberté d'expression au sein de la relation de travail, le salarié traitant ouvertement son supérieur hiérarchique d'incompétent (Cass. Soc., 23 juin 2010, n° 09-40.825) ou de « bordélique qui perd tous ses papiers », de « tronche de cake », qui « n'est pas apte à être directeur » et qui « n'est rien d'autre qu'un gestionnaire comptable » (Cass. Soc., 6 mars 2019, n° 18-12.449), aussi celui qui écrit que le directeur mentait « effrontément », qu'il jouait « au caporal », et que lui n'entendait pas « accourir ventre à terre pour répondre à l'injonction hiérarchique bête et méchante » alors que le président de l'association se laissait « aspirer [...] par la galaxie "droits et libertés" qui érige en vertu la pratique des coups tordus » (Cass. Soc., 13 févr. 2019, n° 17-15.928). En revanche, ne commet aucun abus le cadre dirigeant qui profère, dans un cercle restreint, des critiques, même vives, concernant une nouvelle organisation (Cass. Soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995).

<sup>3</sup> Cour EDH, *Libert c/France*, préc. spéc. § 52. En l'espèce, la charte informatique de l'entreprise a pu étroitement contraindre l'exercice du droit à la vie privée du salarié.

<sup>4</sup> Cass. Soc., 16 mai 2007, n° 05-46.455.

<sup>5</sup> Cass. Soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269.

<sup>6</sup> Cass. Soc., 7 juin 2006, n° 04-43.855 ; Ass., 23 juin 2006, n° 04-40.289.

<sup>7</sup> En droit administratif, le célèbre arrêt CE, 7 juil. 1950, *Dehaene*, D. 1950. 538, préc. réaffirmé notamment dans l'arrêt CE, 13 nov. 1992, *Union syndicale de l'aviation civile CGT*, nos 83177 et 83702 : « Considérant que si l'article 2 de de la loi du 31 décembre 1984 et l'article 1er du décret du 17 décembre 1985 déterminent les services de la navigation aérienne qui doivent être assurés en toute circonstance, il appartenait, en l'absence d'une telle réglementation pour les autres services relevant de l'autorité du directeur général de l'aviation civile, au gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ».

<sup>8</sup> Cass. Soc., 18 janv. 1995, Bull., V, n° 27; Soc., 17 juil. 1996, n° 94.42.964 ; Soc., 11 janv. 2000, Bull., V, n° 16.

de faire dégénérer un mouvement de grève en abus<sup>1</sup>. Aussi, la liberté de circulation des représentants du personnel et des représentants syndicaux, notamment lors d'une action revendicative, « est un principe d'ordre public, qui ne peut donner lieu à des restrictions qu'au regard d'impératifs de santé, d'hygiène ou de sécurité *ou en cas d'abus* »<sup>2</sup>. Le concept de l'abus de droit est donc à même de fixer concrètement, dans le contexte particulier de la relation de travail, l'équilibre logique entre les intérêts juridiques en présence, en exigeant un usage rationnel des droits. Si les droits fondamentaux du salarié sont d'une certaine façon relativisés par la relation de travail, l'employeur, qui a la charge de faire respecter ces droits au sein de l'entreprise, ne doit pas non plus abuser de ses prérogatives<sup>3</sup>, alors même que le premier peut être en situation de vulnérabilité sociale et économique<sup>4</sup>. Par exemple, en matière de vie privée, les juridictions internes doivent « s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance de la correspondance et des autres communications, quelles qu'en soient l'étendue et la durée, s'accompagne de garanties adéquates et suffisantes *contre les abus* »<sup>5</sup>.

**324.** Contrairement aux apparences, le concept de l'abus de droit dans le cadre de la relation de travail est susceptible d'être le plus fidèle à la logique du libéralisme politique. Plutôt que d'adopter des dispositions normatives abstraites qui consacrent les restrictions les plus générales aux libertés fondamentales et qui conduisent à l'uniformisation restrictive des comportements, à l'image de la faculté pour l'employeur d'introduire une clause de neutralité interdisant au salarié le port de tout signe politique, philosophique ou religieux dans le règlement intérieur de l'entreprise<sup>6</sup>, le concept de l'abus de droit met en perspective le fait

---

<sup>1</sup> Cass. Soc., 9 mars 2004, n° 02-30.294 ; Cass. Soc., 10 fév. 2021, n° 19-14.021 : C'est à bon droit et sans remettre en cause la légitimité d'une action revendicative des représentants du personnel et syndicaux, pouvant s'exercer sous la forme d'une cessation collective et concertée du travail, qu'une cour d'appel, qui a relevé de la part de ces derniers des comportements apportant une gêne anormale au travail des salariés et à la clientèle d'un hôtel (usage de mégaphones et sifflets dans les couloirs, interpellation des salariés non-grévistes, distribution de tracts aux clients, entrée de force dans une chambre occupée), a pu, au regard de ces comportements qu'elle estime abusifs, dire justifiées et proportionnées aux abus constatés les restrictions provisoires imposées par l'employeur à la liberté de circulation des représentants du personnel et des représentants syndicaux.

<sup>2</sup> *Ibid.*, nous soulignons.

<sup>3</sup> Cass. Soc., 3 avril 2019, n° 17-31.304 s'agissant de l'abus dans le choix du lieu des réunions du comité d'entreprise.

<sup>4</sup> Cass. Crim., 4 mars 2003, n° 02-82194.

<sup>5</sup> Cour EDH, 5 sept. 2017, *Bărbulescu c/Roumanie*, préc., § 120. En l'occurrence, il faut tenir compte de l'obligation d'information claire et préalable des salariés, de l'étendue de la surveillance et du degré d'intrusion qu'elle implique, des motifs qui justifient cette surveillance, de la possibilité ou non d'un moyen moins intrusif, des conséquences des mesures de surveillances pour le salarié, et des garanties pour le salarié attachées à ce système de surveillance (*ibid.*, § 121).

<sup>6</sup> Art. L. 1321-2-1 du Code du travail : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par

litigieux au regard des spécificités objectives de la relation de travail et de la situation concrète du salarié. La contextualisation est logiquement intersubjective, eu égard à la relation hiérarchique, mais également interdiscursive en ce qu'elle prend en compte les représentations sociales et les exigences économiques propres au milieu de l'entreprise. En toute logique juridique, les libertés fondamentales doivent primer même au sein de cette structure relationnelle spécifique, et seul leur usage abusif, incompatible avec les exigences de l'environnement professionnel, doit être proscrit. Cette restriction *a posteriori*, selon laquelle la jouissance des libertés fondamentales demeure la règle, est la plus conforme au discours de la fondamentalité tel qu'il fonde aujourd'hui l'ordre juridique interne.

2) *Le concept de l'abus de droit fondamental à la recherche de l'équilibre relationnel sur un marché économique*

**325.** Les dispositions pragmatiques du concept de l'abus de droit sont à même de préserver les valeurs objectives d'un ordre juridique jusque dans la relation de travail donc, mais également en ce qui concerne les relations juridiques entre personnes morales au sein d'un marché économique. Les aptitudes normatives du concept constituent un remède efficace contre « l'abus de l'autonomie privée et des relations de pouvoir sur le marché, problèmes qui font l'objet de l'attention de tous les systèmes contemporains, en raison de l'augmentation des situations de disparité des forces entre les opérateurs économiques »<sup>1</sup>. L'ambition fondatrice du discours de la fondamentalité a affaire aux pratiques anticoncurrentielles et aux abus de marché, ces usages « injustes » de prérogatives sociales et juridiques qui nuisent « à la croissance économique et à la prospérité »<sup>2</sup>. Le droit de la concurrence a même pu être présenté comme le

---

l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». En même temps, selon l'article L. 1321-3, le règlement intérieur ne peut contenir des « dispositions apportant 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 ». Cette logique juridique présidait déjà à l'arrêt du Conseil d'État *Corona* (CE, sect., 1 fév. 1980, n° 06361). En vertu notamment de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (14 mars 2017, *Micropole Univers*, aff. C-188/15) relative à la directive 2000/78/CE, qui consacre en particulier la notion de discrimination indirecte, la Cour de cassation exige que cette clause de neutralité, devant être générale et indifférenciée, ne s'applique qu'aux salariés en contact avec la clientèle. De plus, la notion « d'exigence professionnelle essentielle et déterminante », qui puisse justifier d'une telle discrimination (art. 4 § 1 de la directive préc.), renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause, et non à des considérations subjectives telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers des clients (Cass. Soc., 14 avril 2021, n° 19-24.079).

<sup>1</sup> Cassazione, Sez. III, 18 settembre 2009, n° 20106, préc.

<sup>2</sup> Règlement (UE) relatif aux abus de marché, préc., cons. 2 et 7.

premier droit constitutionnel substantiel de la Communauté européenne<sup>1</sup>. Le concept de l'abus de droit, qui a la nature d'un raisonnement logique au sein du discours juridique, s'adapte parfaitement aux contentieux économiques. S'agissant des abus de marché, en prenant spécifiquement pour objet *l'usage* des prérogatives conférées, notamment au regard d'une lecture objective des mobiles de l'action, le concept de l'abus est à même d'épouser les évolutions constantes des pratiques techniques et sociales à régir<sup>2</sup>. Sa logique conceptuelle est stable, elle consiste simplement à confronter les modalités d'exercice de telles prérogatives au *but juridique* pour lequel elles ont été instituées. Dans une situation d'abus de position dominante, et en matière de propriété intellectuelle, le juge communautaire a pu considérer que

« si la protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère en principe à son titulaire le droit, que ne remet pas en cause le traité, de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée et si l'exercice de ce droit exclusif ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment *lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice de ce droit exclusif poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs* de l'article 86 du traité [CEE]. En effet, dans une telle hypothèse, l'exercice du droit d'auteur *ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit*, au sens de l'article 36 du traité, qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86 »<sup>3</sup>.

**326.** Dans le domaine de la concurrence, le concept de l'abus est utilisé autant comme correctif équitable selon une conception éthique du juste, que comme moyen d'atteindre l'objectif strictement économique d'un état de bien-être général sur le marché [*maximise welfare*]<sup>4</sup>. Il a pour objet les pratiques « qui peuvent avoir *pour effet* d'exclure, de discipliner ou de pénaliser des concurrents par la mise en œuvre de comportements *s'écartant d'une*

---

<sup>1</sup> A. Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », dans *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques du passage à l'économie de marché* R. Charvin et A. Guesmi (dir.), Paris, L'Harmattan, 2001, p. 129 cité par L. Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, 2005, n° 1, pp. 27-50.

<sup>2</sup> A propos notamment de l'évolution de la notion de manipulation de marché, applicable désormais au trading algorithmique et au trading à haute fréquence, mais encore à tout moyen, présent ou futur, qui poursuivrait des *stratégies abusives* (Règlement (UE) relatif aux abus de marché, préc., cons. 38 ; *supra*. § 196).

<sup>3</sup> TPICE, 10 juil. 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/Commission*, aff. T-70/89, som. § 3, nous soulignons.

<sup>4</sup> J. Schumpeter, *Théorie de la croissance économique* (1912), Dalloz, 1999 cité par L. Boy, préc.



*concurrence par les mérites* »<sup>1</sup>. Naturellement d'un point de vue discursif, le concept de l'abus intègre la logique de proportionnalité et s'intéresse particulièrement à l'*adéquation* des pratiques litigieuses avec le but de la réglementation juridique. Preuve aussi du caractère pragmatique de l'abus, et toujours en vue de préserver la philosophie du droit applicable, le « test de proportionnalité » qu'il implique peut être réorienté et consister, au contraire, dans la mise en balance des effets anticoncurrentiels des pratiques visées avec leurs mérites pour le marché ou les consommateurs<sup>2</sup>. La contextualisation opérée est donc concrète et objective<sup>3</sup>, elle n'implique pas nécessairement une intention de nuire, que ce soit en droit de l'Union<sup>4</sup> ou en droit interne<sup>5</sup>. Afin de lutter généralement contre l'entrave au bon fonctionnement du marché et préserver les droits des consommateurs<sup>6</sup>, la contextualisation significative déployée par le concept de l'abus s'en tient parfois, on l'a vu, à une appréciation strictement structurelle, qui rend juridiquement invalides certaines pratiques du seul fait de la position dominante de leurs auteurs<sup>7</sup>. À la fin, il s'agit d'empêcher « les géants économiques d'écraser le marché »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Cons. Conc., 27 janv. 2009, n° 09-D-04, § 156, *nous soulignons*. ; Sur cette notion cf. CJCE, 3 juil. 1991, *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, § 70 ; B. Vestendorp, « Considérations sur la notion de “concurrence par les mérites” », dans *La modernisation du droit de la concurrence* G. Canivet (dir.), Paris, LGDJ, 2006, p. 163.

<sup>2</sup> D. Bosco, C. Prieto, *Droit européen de la concurrence : ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, n° 1202.

<sup>3</sup> P. Le Tourneau, *Dalloz référence Contrats du numérique* [en ligne], 2021, chap. 312, § 181 : « La puissance économique d'une entreprise, qui conduit à la qualifier de dominante, se caractérise en contemplation d'un *marché concret* du produit ou du service qu'elle propose : dans ce marché, dit de référence ou pertinent, il importe d'une part de se demander si les produits ou services sont substituables (...) ou non pour une clientèle déterminée en fonction d'un faisceau d'indices et, d'autre part, d'évaluer la place qu'y occupe l'entreprise en cause (...) afin d'examiner si elle domine le marché », *nous soulignons*.

<sup>4</sup> CJCE, 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. C-85/76 ; TPICE, 12 déc. 2000, *Aéroports de Paris*, aff. T-128/98, *Europe*, 2001, n° 62, obs. L. Idot.

<sup>5</sup> CA Paris, 15 mai 2001, *INC*, Bulletin officiel du Conseil de la concurrence, 24 juin 2002, p. 382.

<sup>6</sup> CJCE, 17 mai 2001, *International Express Carriers Conference (IECC) c/Commission des Communautés européennes, La Poste, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et The Post Office*, aff. C-449/98 ; 17 mai 2001, *International Express Carriers Conference (IECC) c/Commission des Communautés européennes, Deutsche Post AG, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, The Post Office et La Poste*, aff. C-450/98. Plus récemment, cf. les griefs communiqués à Apple par la Commission européenne *concernant les règles de l'App Store applicables aux fournisseurs de musique en continu* (Communiqué de presse, Bruxelles, 30 avril 2021).

<sup>7</sup> CJCE, 21 fév. 1973, *Continental Can*, aff. C-6/72. « Certaines pratiques commerciales largement tolérées, voire parfaitement admissibles du point de vue de la concurrence, lorsqu'elles émanent d'entreprises qui n'ont qu'une faible part de marché et sont soumises à une concurrence effective, peuvent être tenues pour anticoncurrentielles lorsqu'elles sont le fait d'entreprises en position dominante » (*Rapport de la Commission de la concurrence française 1978*, La Documentation française, 1979, p. 34 cité par L. Boy, préc).

<sup>8</sup> J.-C. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2019, p. 114.

327. Ainsi, au sein de relations juridiques objectivement déséquilibrées, le raisonnement logique de l'abus de droit peut insinuer une responsabilité « fondée sur la culpabilité du fort »<sup>1</sup>. La puissance économique ou sociale de certains destinataires de droits, au fort potentiel normatif, risque de transformer le fait abusif en pratique structurelle. Le concept de l'abus de droit fondamental témoigne alors de ces dispositions à lutter contre le liberticide systémique.

## **Section 2. Les dispositions du concept de l'abus de droit fondamental à lutter contre le liberticide systémique**

328. Il est des destinataires de normes plus préoccupants que d'autres du point de vue de la préservation des valeurs objectives d'un ordre juridique et de l'entente intersubjective au sein d'une communauté de droit. Certains ont effectivement une capacité de nuisance accrue du fait de leur caractère institutionnel ou de leur projet fondamentalement totalitaire. Dans une société démocratique, les sources du liberticide systémique peuvent même se prévaloir du langage de la fundamentalité, raison pour laquelle l'abus de droit fondamental est un concept pertinent (A). À dire vrai, la spécificité logique de l'abus de droit fondamental peut aussi être mobilisée à l'encontre d'un risque liberticide beaucoup plus ambigu, dont l'appréhension est théoriquement plus contestable, puisqu'il réside au sein même de l'interprétation authentique du discours de la fundamentalité, en particulier dans la fonction législative (B).

### **§ 1. L'abus de droit et la tentation liberticide systémique des destinataires de droits fondamentaux**

*« Que la démocratie n'est pas un corps céleste, mais une chose terrestre qui doit se défendre contre qu'on ne songe qu'à la détruire »<sup>2</sup>.*

329. Le liberticide systémique élève sa puissance de nuisance à l'encontre des fondements de l'ordre juridique de deux sources principales, qui sont en fait intrinsèquement liées. D'abord, sa nature. Si le destinataire des normes est un groupement institutionnalisé, le risque est effectivement plus fort sur l'écosystème libéral (A). Ensuite, son projet. Le liberticide systémique « évident » véhicule une idéologie totalitaire (B). Lorsque celle-ci se vêt des mots de la fundamentalité, le concept de l'abus constitue une réponse juridique adaptée, à la fois

---

<sup>1</sup> G. Morin, « L'abus du droit et les relations du réel... », préc., p. 267.

<sup>2</sup> J. Benda, *La Grande épreuve des démocraties*, préc., p. 127.

complexe si la situation le commande, mais aussi autoritaire, lorsque la préservation de la société démocratique réclame l'intransigeance du droit vis-à-vis de ce qui la menace<sup>1</sup>.

*A. Le concept de l'abus de droit fondamental et la lutte juridique contre les groupements politiques liberticides*

**330.** Nous l'avions rapidement évoqué, il convient à présent de voir plus précisément en quoi l'abus de droit est un instrument juridique performant dans la perspective d'une « démocratie apte à se défendre »<sup>2</sup>. Le concept, qui s'épanouit dans le cadre d'un contrôle concret propice à une contextualisation pragmatique des faits litigieux, est à même d'appréhender les répercussions pratiques et symboliques d'actes sociaux venant heurter la représentation normative de la démocratie, telle qu'elle est véhiculée par le discours de la fondamentalité.

**331.** Le risque pour la démocratie est logiquement plus élevé lorsqu'il provient de groupements politiques. Alors que le parti d'extrême droite *Alternative pour l'Allemagne* (AfD) a récemment été mis sous surveillance par le renseignement intérieur en raison de la menace qu'il représente pour la démocratie, pour B. Laumond, l'ordre juridique allemand « n'hésite pas à recourir à des instruments répressifs très sévères pour protéger la démocratie contre les extrémismes. De ce point de vue, c'est un État de droit qui fait preuve d'une tolérance assez limitée vis-à-vis de l'intolérance »<sup>3</sup>. Pour des raisons historiques évidentes, l'Allemagne est particulièrement vigilante à l'égard des partis politiques. En plus de la disposition relative à l'abus de droit, l'article 21 (2) de la Loi fondamentale prévoit que « [l]es partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont inconstitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité ». La dissolution peut être demandée à la Cour

---

<sup>1</sup> C'est l'idée simple, ici formulée par C. Taylor, selon laquelle : « si on ne peut être libre qu'au sein d'une société libre, alors nous avons un devoir de soutenir une telle société » (cité par F. Ost, S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 27).

<sup>2</sup> Cour EDH, 26 sept. 1995, *Vogt c/Allemagne*, préc., § 51.

<sup>3</sup> « Ce qu'il faut également souligner, c'est que l'Office fédéral de protection de la Constitution se fonde sur un rapport de 1000 pages pour justifier la mise sous surveillance de l'AfD. Cela pour dire que la logique allemande de "labellisation" des mouvements considérés comme dangereux pour la démocratie s'appuie sur une expertise solidement argumentée » (cité par T. Wieder, « L'extrême droite sous haute surveillance en Allemagne », *Le Monde*, 4 mars 2020).

par un recours direct ou indirect des organes constitutionnels (Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung), en dehors de tout procès et sans condition de délai. Toutefois, afin de préserver le débat démocratique et le pluralisme des idées politiques, la Cour constitutionnelle fédérale interprète l'article 21 de la Loi fondamentale de manière extrêmement restrictive. Elle exige en particulier des indices concrets et graves démontrant que le parti en cause *visait* à altérer ou réduire à néant l'ordre constitutionnel et démocratique<sup>1</sup>. Les partis politiques font donc l'objet d'une disposition spécifique en vue de préserver ce que la notion constitutionnelle d'abus de droit préserve en général : l'ordre constitutionnel libéral et démocratique<sup>2</sup>.

**332.** Les partis politiques mobilisent les masses et peuvent coordonner leur action. Ils aspirent surtout à prendre le contrôle de l'appareil étatique afin de mettre en œuvre leur projet. Le projet implicitement ou explicitement antidémocratique qui présiderait au fonctionnement étatique parviendrait effectivement à mettre fin à la démocratie. Or, pour ses interprètes privilégiés, c'est bien connu, le discours de la fundamentalité est indissociable du régime démocratique. En préservant la démocratie, le discours de la fundamentalité défend un cadre social d'application, mais protège avant tout son propre caractère prioritaire. Ainsi, la Cour EDH a-t-elle considéré que le projet politique de système multijuridique est incompatible avec la Convention<sup>3</sup>. Réciproquement, du point de vue du juge des droits de l'homme, le discours de la fundamentalité constitue l'horizon indépassable des sociétés démocratiques<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BVerfG, 18 mars 2003, 2 BvB 1,2,3/01, BVerfGE 107, pp. 339-395 ; 17 janv. 2017, 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, p. 20 ; A. Voßkuhle, « La Loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* (vol. 59), 2018, n° 2, pp. 57-67.

<sup>2</sup> Une notion que la Cour de Karlsruhe a précisée : « l'ordre fondamental démocratique libéral est un ordre qui élimine tout pouvoir par la force et tout pouvoir arbitraire, représente un ordre d'État de droit sur le fondement de l'autodétermination du peuple selon la volonté de la majorité du moment et de la liberté et de l'égalité. Parmi les principes fondamentaux de cet ordre, il faut compter, au moins, le respect des droits de l'homme et surtout le droit de la personne à la vie et au libre développement, la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité du gouvernement, la légalité de l'administration, l'indépendance des tribunaux, le principe de la pluralité des partis, et l'égalité des chances de tous les partis avec le droit de constituer une opposition » (23 oct. 1952, BVerfGE, vol. 1, p. 1 cité par L. Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préc., p. 329).

<sup>3</sup> Cour EDH [GC], 13 fév. 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et a. c/Turquie*, préc., §§ 117 et s.

<sup>4</sup> « Les États européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention (...) ; à plusieurs reprises, elle a rappelé que celle-ci était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (...). En outre, les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention requièrent d'apprécier les ingérences dans l'exercice des droits qu'ils consacrent à l'aune de ce qui est "nécessaire dans une société démocratique". La seule forme de nécessité capable de justifier une ingérence dans l'un de ces droits est donc celle qui peut se réclamer de la "société démocratique". La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle » (Cour EDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et a. c/Turquie*, n° 19392/92, § 45).

« La Cour [EDH] estime qu'un parti politique peut promouvoir un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'État à deux conditions : 1. les moyens utilisés à cet effet doivent être légaux et démocratiques ; 2. le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention »<sup>1</sup>.

**333.** À une époque où l'Europe était encore sous le choc de la Seconde Guerre mondiale et tétanisée par le spectre de la Guerre froide<sup>2</sup>, la notion conventionnelle de l'abus de droit visait particulièrement l'idéologie et les groupements politiques communistes, du moins lorsque ceux-ci affichaient clairement leur volonté d'instaurer une dictature du prolétariat<sup>3</sup>. Aujourd'hui, bien sûr, du moins au sein de l'ordre juridique de la Convention EDH, le projet politique antidémocratique se présente rarement comme tel. Il prétend, au contraire, accéder au pouvoir par des moyens constitutionnels, et mobilise le discours de la fundamentalité pour revendiquer son droit d'exister, au nom de la liberté d'expression, de la liberté d'association, ou encore du pluralisme constitutif des sociétés démocratiques<sup>4</sup>. Au-delà d'un examen abstrait

---

<sup>1</sup> *Idem.*, § 98. Il faut dire dans cette affaire que la Constitution turque prévoit en son article 24 § 4 que « Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, exploiter la religion, les sentiments religieux ou les choses considérées comme sacrées par la religion, *ni en abuser* dans le but de faire reposer, même partiellement, l'ordre social, économique, politique ou juridique de l'État sur des préceptes religieux ou de s'assurer un intérêt ou une influence sur le plan politique ou personnel » (*nous soulignons*).

<sup>2</sup> Une « réaction de défense des démocraties européennes contre le danger fasciste qui venait à peine d'être écarté et contre le danger communiste qui devenait terriblement présent » (K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1964, p. 71).

<sup>3</sup> La notion de l'abus de droit fut utilisée par la Commission EDH dans une affaire où le parti requérant, qui aspirait à prendre le pouvoir par des moyens exclusivement constitutionnels, avait exprimé l'intention d'instaurer un régime social-communiste et une dictature du prolétariat. La dictature étant par définition incompatible avec la démocratie, le parti en cause s'est vu déchoir des droits prévus aux articles 9, 10 et 11 de la Convention (Commission EDH, 20 juil. 1957, *Parti communiste (KPD) c/Allemagne* (déc.), préc.). Tout de même, dans une autre affaire, la Cour EDH a refusé l'application de la notion de l'abus de droit s'agissant d'un parti politique qui avait été dissout au motif, notamment, que son nom comportait le mot communiste. En l'occurrence, l'État partie a violé l'article 11 de la Convention (Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et a. c/Turquie*, préc.). Il en est de même pour l'État qui refuse l'enregistrement d'un parti adhérant à l'idéologie marxiste du seul fait que le pays ait connu l'expérience d'un régime communiste totalitaire (Cour EDH, 16 déc. 2003, *Partidul Comunistilor (Nepoceristi) et Ungureanu c/Roumanie*, n° 46626/99). Par contre, lorsque le Parti communiste de Lettonie tente, en 1991, de renverser par la violence le régime démocratique nouvellement établi, la législation qui prive les personnes ayant pris part aux activités de ce parti de se présenter aux élections législatives est conventionnelle (Cour EDH [GC], 16 mars 2006, *Ždanoka c/Lettonie*, n° 58278/00).

<sup>4</sup> La lecture discursive de la fundamentalité éclaire la manière dont la Cour EDH opère, s'agissant ici des groupements politiques et en vue de préserver le pluralisme démocratique, une lecture combinée des articles 10 et

de conformité, il faut toute l'appréhension complexe du fait litigieux par le concept de l'abus de droit pour démasquer les *stratégies* antidémocratiques.

La Cour EDH considère que « les actes en question doivent s'analyser dans leur ensemble comme s'inscrivant dans une stratégie adoptée par les requérants pour mener à bien un projet politique par essence contraire aux principes démocratiques consacrés par la Constitution (...). Par ailleurs, on ne saurait davantage considérer, comme le prétendent les requérants, que les comportements incriminés relevaient de la protection accordée à la liberté d'expression, car les méthodes employées n'ont pas respecté les limites fixées par la jurisprudence de la Convention, à savoir la légalité des moyens utilisés pour exercer ce droit et leur compatibilité avec les principes démocratiques fondamentaux »<sup>1</sup>.

**334.** La disposition du concept de l'abus à appréhender des stratégies politiques ne signifie pas que la contextualisation juridique mise en œuvre s'en tient à des déclarations d'intention. Au contraire, elle prend préférentiellement pour objet des actes matériels. Le discours de la fondamentalité exige lui-même, surtout pour une sanction aussi liberticide que la dissolution d'un parti politique, que le danger soit réel<sup>2</sup>. La difficulté, en l'occurrence, tient à ce que l'ordre juridique ne peut se permettre d'attendre que ces partis litigieux arrivent au pouvoir et mettent en œuvre concrètement les mesures contraires à son fondement<sup>3</sup>. Il serait bien évidemment trop tard. Le concept de l'abus de droit fondamental – et en particulier l'une de ses composantes : l'appréciation de l'intention par l'attribution d'une volonté aux conséquences de l'acte – permet l'action préventive de l'autorité publique en des matières où la répression *a posteriori*, la plus fidèle à la logique libérale, est simplement impossible.

---

11 de la Convention : « La Cour signale d'emblée que, malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit s'envisager aussi à la lumière de l'article 10. La protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrée par l'article 11. Il en va d'autant plus ainsi dans le cas des partis politiques, eu égard à leur rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie » (6 nov. 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c/Espagne*, n<sup>os</sup> 25803/08 et 25817/04, § 74). Dès lors, « [e]n tant que leurs activités participent d'un exercice collectif de la liberté d'expression, les partis politiques peuvent déjà prétendre à la protection des articles 10 et 11 de la Convention (*ibid.*, § 76).

<sup>1</sup> *Ibid.*, § 87.

<sup>2</sup> Cour EDH, *Refah partisi*, préc., § 110.

<sup>3</sup> Ce que la Cour EDH nomme « le moment opportun de la dissolution » (*ibid.*, § 102). En fait, « la Cour considère qu'il n'est pas du tout improbable que des mouvements totalitaires, organisés sous la forme de partis politiques, mettent fin à la démocratie, après avoir prospéré sous le régime démocratique. L'histoire européenne contemporaine en connaît des exemples » (§ 99). Sans compter qu'il « suffirait probablement d'une vaste minorité d'antidémocrates violents et militants pour détruire la capacité d'un pays à maintenir ses institutions démocratiques » (R. Dahl, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999, p. 179).

« La Cour estime aussi que les statuts et le programme d'un parti politique ne peuvent être pris en compte comme seul critère afin de déterminer ses objectifs et intentions. L'expérience politique des États contractants a montré que dans le passé les partis politiques ayant des buts contraires aux principes fondamentaux de la démocratie ne les ont pas dévoilés dans des textes officiels jusqu'à ce qu'ils s'approprient le pouvoir. C'est pourquoi la Cour a toujours rappelé qu'on ne saurait exclure que le programme politique d'un parti cache des objectifs et intentions différents de ceux qu'il affiche publiquement. Pour s'en assurer, *il faut comparer le contenu de ce programme avec les actes et prises de position des membres et dirigeants du parti en cause. L'ensemble de ces actes et prises de position, à condition de former un tout révélateur du but et des intentions du parti, peut entrer en ligne de compte dans la procédure de dissolution d'un parti politique* »<sup>1</sup>.

**335.** La gravité d'une répression préventive, relativisée par la matérialité des faits reprochés et l'intensité du contrôle du juge<sup>2</sup>, est à la hauteur de l'enjeu convoqué, la préservation de l'ordre juridique libéral lui-même. D'ailleurs, la Cour EDH va jusqu'à considérer que cette préservation relève des obligations positives pesant sur les États. Une obligation d'action contre le liberticide interne, que d'aucuns ont nommé la « démocratie militante » [*streitbare Demokratie*]<sup>3</sup>.

« La Cour considère (...) qu'on ne saurait exiger de l'État d'attendre, avant d'intervenir, qu'un parti politique s'approprie le pouvoir et commence à mettre en œuvre un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et de la démocratie, en adoptant des mesures concrètes visant à réaliser ce projet, même si le danger de ce dernier pour la démocratie est suffisamment démontré et imminent. La Cour accepte que lorsque la présence d'un tel danger est établie par les juridictions nationales, à l'issue d'un examen minutieux soumis à un contrôle européen rigoureux, un État doit pouvoir «raisonnablement empêcher la réalisation d'un (...) projet politique, incompatible avec les normes de la Convention, avant qu'il ne soit mis en

---

<sup>1</sup> *Refah partisi*, préc., § 101, nous soulignons.

<sup>2</sup> « Les exceptions visées à l'article 11 [de la Convention EDH] appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sein de l'article 11 §2, les États ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante (...). Il en va d'autant plus ainsi dans les cas de partis politiques, étant donné l'importance de leur rôle dans «une société démocratique» » (Cour EDH, *Herri Batasuna*, préc., § 77).

<sup>3</sup> K. Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, p. 417 ; G. Haarscher, « Les périls de la démocratie militante. Cour européenne des droits de l'homme, Féret c. Belgique, 16 juillet 2009 », *RTDH*, 2010, n° 82, p. 445.

pratique des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays” (...) un tel pouvoir d’intervention de l’État est également en conformité avec les obligations positives pesant sur les Parties contractantes dans le cadre de l’article 1 de la Convention pour le respect des droits et libertés des personnes relevant de leur juridiction. Ces obligations ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d’actions ou d’omissions imputables à des agents de l’État ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l’État. Un État contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l’appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l’obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie »<sup>1</sup>.

**336.** Cependant, la notion de l’abus de droit est à utiliser avec parcimonie, et les interprètes du discours juridique ne doivent pas se montrer naïfs face au risque d’un usage lui-même abusif de la notion. Particulièrement s’agissant des partis politiques, qui représentent une forme d’associations essentielles au fonctionnement démocratique<sup>2</sup> et qui peuvent constituer les cibles privilégiées d’un pouvoir aspirant à se maintenir. À l’évidence, la contextualisation de la prétention à la validité juridique d’un projet politique litigieux ne conduit pas nécessairement à l’application de la clause anti-abus, et à l’utilisation de la notion de l’abus de droit dans le langage du juge. Autrement dit, l’action conceptuelle de l’abus de droit fondamental n’implique pas la dissolution du parti litigieux, qui est seulement sa sanction négative la plus sévère. La Cour EDH a par exemple refusé d’appliquer l’article 17 s’agissant de la dissolution par l’État turc de trois partis politiques aux motifs qu’ils opéraient une distinction entre la nation kurde et celle turque, ils avaient été accusés de séparatisme et assimilés à des organisations à caractère terroriste soutenant une guerre d’indépendance<sup>3</sup>.

« Aux yeux de la Cour [EDH], le fait qu’un tel projet politique passe pour incompatible avec les principes et structures actuels de l’État turc ne le rend pas contraire aux règles démocratiques.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Herri Batasuna*, préc., §§ 81-82.

<sup>2</sup> Cour EDH, *Refah partisi*, préc., § 87. Aussi, au regard de l’importance démocratique de la liberté en cause, la Loi fondamentale pour la République fédérale d’Allemagne est logiquement précise sur les nécessaires restrictions à la liberté d’association aux fins de préserver l’ordre constitutionnel et démocratique (art. 9 (2)), notamment en ce qui concerne les partis politiques (art. 21 (2)).

<sup>3</sup> Cour EDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et a. c/Turquie*, préc. ; 25 mai 1998, *Parti socialiste et a. c/Turquie*, n° 21237/93 ; [GC], 8 déc. 1999, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c/Turquie*, n° 23885/94.



Il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même »<sup>1</sup>.

**337.** Incontestablement, l'état démocratique souffre autant des ingérences illégitimes aux droits des partis politiques que de la persistance de tels groupements à la vocation liberticide. C'est donc à travers une appréhension complexe des faits litigieux que le concept de l'abus de droit sert aussi bien la préservation « existentielle » du discours de la fondamentalité que la fidélité, lorsque l'attrait liberticide est le plus grand, à ses principes d'identité. La logique de la fondamentalité ne conduit pas seulement, du point de vue du concept de l'abus, à dissoudre les partis politiques objectivement antidémocratiques. Elle consiste également à préserver l'esprit démocratique en protégeant les groupements politiques contre la tentation du parti au pouvoir de réduire le pluralisme<sup>2</sup>. Le concept de l'abus de droit fondamental, imprégné de la logique discursive de la fondamentalité, combat les idéologies totalitaires, d'où qu'elles viennent.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP)*, préc., § 41. Aussi, « l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de débattre par le dialogue et sans recours à la violence des questions soulevées par différents courants d'opinion politique, et cela même quand elles dérangent ou inquiètent. La démocratie se nourrit en effet de la liberté d'expression. À cet égard, une formation politique qui respecte les principes fondamentaux de la démocratie (...) ne peut se voir inquiétée pour le seul fait d'avoir critiqué l'ordre constitutionnel et juridique du pays et d'en vouloir débattre publiquement sur la scène politique » (Cour EDH, 3 fév. 2005, *Partidul comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c/Roumanie*, n° 46626/99, § 55).

<sup>2</sup> « Selon un principe établi de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas de démocratie sans pluralisme. En effet, l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de débattre par le dialogue et sans recours à la violence des questions soulevées par différents courants d'opinion politique, et cela même quand elles dérangent ou inquiètent. La démocratie se nourrit de la liberté d'expression. C'est pourquoi cette liberté, consacrée par l'article 10 vaut, sous réserve du paragraphe 2, non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent » (Cour EDH, *Herri Batasuna*, préc., § 76).

## B. Le concept de l'abus de droit fondamental et la lutte juridique contre les idéologies totalitaires

**338.** La Convention EDH a été élaborée en réponse aux idéologies totalitaires qui rendaient l'Europe du XX<sup>e</sup> siècle si hideuse<sup>1</sup>. En son sein, l'article 17 devait « sonner l'alarme à leur réapparition »<sup>2</sup>. Cette fonction juridique originelle ne cessa d'être d'actualité. La notion de l'abus de droit fut mobilisée par la Cour EDH dans de nombreuses affaires où étaient à l'œuvre les mêmes idéologies de haine, voire totalitaires ; latentes et persistantes. Dans les premiers temps de l'ordre juridique conventionnel, ce furent les idéologies communiste et nazie, révélées par des publications, des manifestations ou des exercices paramilitaires<sup>3</sup>. Il s'agit maintenant et généralement des idéologies racistes<sup>4</sup>, xénophobes<sup>5</sup>, antisémites<sup>6</sup>, homophobes<sup>7</sup> ou encore fondées sur la Charia<sup>8</sup>.

**339.** L'intérêt de l'article 17 est d'exclure le plus clairement possible *la logique* totalitaire du champ d'exercice valide d'un droit fondamental. Bien sûr, notamment en matière de liberté d'expression, il est parfois complexe de distinguer ce qui relève du débat passionné et controversé, y compris historique<sup>9</sup>, de ce qui n'est que l'expression de la haine, du mépris et de la méconnaissance de la dignité de la personne humaine. Le concept de l'abus de droit consiste justement en la contextualisation des propos litigieux afin d'en déterminer leur signification d'un point de vue juridique. Le juge considère le *contenu*, la *tonalité générale*, le *sens général* du propos dans *son contexte immédiat et plus général*<sup>10</sup>, mais aussi le

---

<sup>1</sup> H. Arendt, *Les origines du totalitarisme*, préc. ; N. Capdevila, « Totalitarisme, idéologie et démocratie », *Actuel Marx*, 2003/1, n° 33, pp. 167-187.

<sup>2</sup> R. Ryssdal, « Le rôle croissant de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *L'avenir des droits de l'homme dans un monde en mutation* A. Eide et J. Helgesen (éd.), Presses universitaires norvégiennes, 1991, cité par le juge Jambrek dans *son opinion concordante* sous l'arrêt Cour EDH, *Lehideux et isorni c/France*, préc., § 3.

<sup>3</sup> Commission EDH, *Kühnen c/Allemagne* (déc.), préc. ; 13 déc. 1963, *X. c/Autriche* (déc.), n° 1747/62 ; 12 oct. 1989, *H. W., P. et K. c/Autriche* (déc.), n° 12774/87 ; 2 sept. 1994, *Ochensberger c/Autriche* (déc.), n° 21318/93 ; Cour EDH, 1 fév. 2000, *Schimanek c/Autriche* (déc.), n° 32307/96.

<sup>4</sup> Commission EDH, *Glimmerveen et a. c/Pays-Bas*, préc. ; *Belkacem c/Belgique* (déc.), préc.

<sup>5</sup> Cour EDH, *Stomakhin c/Russie*, préc. ; *Norwood c/Royaume-Uni* (déc.), n° 23131/03, préc.

<sup>6</sup> Cour EDH, *Pavel Ivanov c/Russie*, préc. ; *W.P. et a. c/Pologne* (déc.), préc. Aussi, au regard du contexte historique des États parties à la Convention, la négation de l'Holocauste traduit à l'évidence une idéologie antidémocratique et antisémite : Cour EDH, *Garaudy c/France* (déc.), préc. ; *Witzsch c/Allemagne* (déc.), préc.

<sup>7</sup> Cour EDH, *Molnar c/Roumanie* (déc.), préc.

<sup>8</sup> Cour EDH *Refah Partisi*, préc. ; *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc.

<sup>9</sup> Cour EDH, *Lehideux et Isorni c/France*, préc. ; 22 avril 2010, *Fatullayev c/Azerbaïdjan*, n° 40984/07 ; cf. not. T. Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Paris, Pedone, 2021, 754 p.

<sup>10</sup> Cour EDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc., § 239.

comportement *in globo* de son auteur, de sorte que l'appréciation concrète n'est pas nécessairement bénéfique pour le requérant qui allègue de la violation de sa liberté d'expression<sup>1</sup>. La contextualisation factuelle est nécessaire à la compréhension des propos litigieux, tandis que la contextualisation discursive, ici au regard du discours de la fundamentalité dans son ensemble, est nécessaire à leur signification juridique. La contextualisation juridique impliquée par le concept de l'abus de droit fondamental a donc sa propre logique significative, laquelle intègre les exigences objectives de la fundamentalité. Autrement dit, le sens juridique n'est pas le sens politique, moral ou humoristique. Une juridiction allemande relevait ainsi la nécessité de démasquer et de sanctionner, en droit, les termes négationnistes dissimulés dans un discours politique, comme « du poison dans un verre d'eau, dans l'espoir que leur présence ne serait pas détectée immédiatement »<sup>2</sup>. Il n'est pas rare, en effet, que les propos litigieux s'inscrivent dans une stratégie de confusion entre l'expression d'une idéologie de haine ou totalitaire et l'expression de propos qui, dans une société démocratique, peuvent acceptablement heurter, voire choquer. Dans un registre conventionnellement comique, l'idéologie de haine revêt l'apparat de la liberté d'expression humoristique.

« Si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, [la Cour EDH] est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte »<sup>3</sup>.

**340.** Dès lors, à travers le concept de l'abus, l'idéologie haineuse, essentialiste ou totalitaire n'est pas cherchée du côté de l'acte, de la parole ou du texte, mais du côté de *leur signification en droit*<sup>4</sup>. En la matière, ce n'est pas la nature du signe qui compte, mais son sens. Aussi, le juge judiciaire a pu considérer, au regard du contexte significatif, que l'infraction de provocation à la haine raciale s'applique aux modes d'expression gestuels, en l'occurrence à

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc. Dans cette affaire, la Cour relève notamment que « l'humoriste » avait marqué « son fort engagement politique en se portant candidat à plusieurs élections » (§ 37) ou encore qu'il faisait « de l'antisionisme l'un de ses engagements politiques principaux » (§ 36).

<sup>2</sup> Tribunal régional de Schwerin cité par la Cour EDH, 3 janv. 2020, *Pastörs c/Allemagne*, préc.

<sup>3</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), préc., § 40.

<sup>4</sup> X. Bioy, « Affaire Dieudonné : l'unisson franco-européen », *AJDA*, 2015, p. 2515.

« la quenelle »<sup>1</sup>. À propos des fameux spectacles de M. *M'Bala M'Bala*, la Cour de cassation explique justement qu'il « appartient aux juges du fond de relever toutes les circonstances extrinsèques qui donnent une portée injurieuse ou diffamatoire à des propos, même si ceux-ci ne présentent pas par eux-mêmes ce caractère, et qui sont de nature à révéler leur *véritable sens* »<sup>2</sup>. La Cour EDH, dans cette affaire, n'entre même pas dans une logique de conciliation, et donc de proportionnalité formelle, entre l'exercice d'une liberté fondamentale et sa nécessaire restriction proportionnée dans une société démocratique. Au contraire, il résulte d'une contextualisation significative du fait litigieux que les propos tenus par le requérant ne relèvent pas du champ d'exercice valide de la liberté d'expression. Ce dernier n'a pas usé du droit fondamental à la liberté d'expression et ne peut donc bénéficier du régime juridique qui y est attaché. On le voit, l'abus de droit a comme intérêt discursif précieux de stigmatiser l'expression d'une idéologie totalitaire, en ce qu'elle n'a rien à voir avec l'exercice de droits fondamentaux.

**341.** D'ailleurs, si la confusion peut persister, c'est moins le fait des dispositions discursives du concept, que des attermolements de la jurisprudence et du caractère nécessairement faillible des choix normatifs opérés et des significations admises. Particulièrement s'agissant de la liberté d'expression, il est des situations fort complexes et ambiguës pour lesquelles les solutions prétoriennes, si elles sont contestées, le sont moins pour des considérations de technique juridique et de pertinence des concepts, qu'en raison de l'opportunité normative à conférer aux propos litigieux la signification retenue. La contextualisation significative inhérente au concept de l'abus de droit peut diviser les interprètes, spécialement en ce qui concerne la portée effective des discours litigieux ou l'intention de leurs auteurs. La fixation du sens en droit n'est évidemment pas une science exacte. Une affaire devant la Cour EDH concernait la condamnation pénale d'un requérant d'origine turque qui avait soutenu publiquement en Suisse que les massacres et déportations massives subis par les Arméniens sous l'Empire ottoman ne s'analysaient pas en un génocide, que celui-ci était un « mensonge international (...) inventé par les impérialistes ». La Cour a conclu en l'espèce à la violation de l'article 10 par l'État suisse<sup>3</sup>. Elle a retenu que les propos,

---

<sup>1</sup> Trib. Corr. Paris, 12 mai 2015, *UEFJ et a. c/Alain Soral*, *Légipresse*, n° 328, p. 332 ; Football Association Regulatory Commission, 3 mars 2014, *The Football Association and Nicolas Anelka* (T. Hochmann, « La "quenelle" d'Anelka », *Raisons Politiques*, n° 63, 2016/3, pp. 51-66).

<sup>2</sup> Cass. Crim., 16 oct. 2012, n° 11-82.866.

<sup>3</sup> CEDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc.

appréciés dans leur contexte immédiat et plus général, n'étaient pas assimilables à de l'incitation à la haine, à la violence ou à l'intolérance. Les termes n'étaient pas injurieux et l'impact des propos était limité au regard du temps écoulé depuis les faits mentionnés et de l'absence de lien direct entre la Suisse et les massacres. Le contexte significatif mobilisé par le concept de l'abus de droit n'impliquait donc pas, contrairement aux affaires de négation de l'Holocauste, de présumer de manière irréfragable les visées racistes et antidémocratiques de ces propos. Il faut bien comprendre ici que la Cour ne fait pas de distinction formelle, et encore moins de hiérarchisation, entre les génocides. Elle distingue seulement la portée liberticide de la *négation* du génocide des Juifs avec celle de la *négation* du génocide des Arméniens dans le contexte de la cause<sup>1</sup>. Sur le territoire européen, selon la Cour et eu égard à des raisons historiques et politiques évidentes, la négation du premier emporte un risque plus important pour la démocratie que la négation du second. *A contrario*, pour de nombreux juges dissidents, les massacres subis par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman, qui peuvent être qualifiés « avec évidence » de génocide au sens du droit international, justifient qu'un État incrimine l'insulte à la mémoire du peuple victime ; cela relève de la marge nationale d'appréciation. Selon eux, les propos pernicieux du requérant ont été « minimisés tout au long de l'arrêt », alors qu'ils « contiennent l'*animus* d'insulter un peuple ». En outre, les facteurs géographique et temporel utilisés par la majorité des juges tendent à relativiser la portée universelle des droits de l'homme et leur effectivité<sup>2</sup>. Certains juges ont même considéré qu'il fallait appliquer *la notion* de l'abus de droit fondamental à cette affaire<sup>3</sup>. Il ne faut pourtant pas s'y méprendre, ce n'est pas en soi la contextualisation méthodique opérée par la Cour qui est critiquée par certains juges, ces derniers y procèdent également, mais plutôt l'opportunité normative à retenir certains critères ou à les interpréter comme l'ont fait les juges de la majorité. Le concept de l'abus de droit vise à distinguer les discours totalitaires de ceux qui relèvent de la liberté d'expression, mais le choix dans la distinction ne fait pas toujours consensus au sein de la communauté d'interprétation. Au demeurant, cette distinction vise autant à stigmatiser l'idéologie haineuse, voire totalitaire, sous toutes ses manifestations, qu'à préserver l'exercice valide des libertés fondamentales contre la tentation de l'autorité normative en droit à aspirer dans le giron des restrictions générales tout usage problématique.

---

<sup>1</sup> Sur cette question, cf. M. Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histories, Sciences sociales* (vol. 45), nov.-déc. 1999, n° 6, p. 1255 ; égal. U. Korolitski, « Faut-il réprimer le révisionnisme parce qu'il est faux ? », *Raisons politiques*, n° 63, 2016/3, pp. 85-102.

<sup>2</sup> *Opinion dissidente* commune aux juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis et Küris.

<sup>3</sup> *Opinion dissidente* additionnelle du juge Silvis, à laquelle se rallient les juges Casadevall, Berro et Küris.

## § 2. L'abus de droit et la tentation liberticide systémique du législateur

**342.** Il peut être extrêmement étonnant, voire constituer un authentique contre sens, d'évoquer en ces termes une tentation liberticide systémique liée d'une part à une fonction plus qu'à un organe, et d'autre part, à une fonction d'élaboration de normes générales et abstraites qui, dans le respect des normes constitutionnelles, a pour vocation d'établir et de préserver le régime des libertés. Il faut prendre garde, là encore, à ne pas mettre la maison à l'envers. Si le législateur n'est pas immunisé en droit contre l'abus<sup>1</sup>, il ne poursuit pas non plus, comme les destinataires des normes juridiques d'ailleurs, à tout le moins dans l'ordre juridique français, une fin généralement et absolument liberticide. Il serait d'une démesure absurde que de prétendre le contraire. Néanmoins, dans la perspective d'une étude sur notre concept-objet, il apparaît, d'une part, que la modalité normative liée à la loi, selon la finalité qu'elle poursuit, peut marginalement restreindre des facultés d'action que la contextualisation pragmatique de l'abus de droit aurait sans doute considérée comme conformes au discours de la

---

<sup>1</sup> Il semble notamment que la tentation de l'abus de pouvoir au niveau étatique, avec l'aval plus ou moins formel du législateur, soit grande en matière de surveillance de masse. La Cour EDH rappelle que les législateurs nationaux ne disposent pas d'une latitude illimitée pour assujettir les individus à des mesures de surveillance secrète, y compris au nom de la lutte contre le terrorisme et l'espionnage (6 sept. 1978, *Klass et a. c/Allemagne*, n°5029/71). Ces législations doivent prévoir des garanties « de bout en bout » adéquates et suffisantes contre les abus et les ingérences induites aux droits fondamentaux doivent être proportionnées au but légitime poursuivi (19 juin 2006, *Weber et Saravia c/Allemagne*, n° 54934/00) d'autant plus lorsque la technologie, de plus en plus sophistiquée, offre à l'État la possibilité d'une surveillance des plus intrusive (12 janv. 2016, *Szabó et Vissy c/Hongrie*, n° 37138/14 ; 7 juil. 2020, *Privacy International et a. c/Royaume-Uni* (déc.), n°46259/16) et même une surveillance de masse (Cour EDH, 25 mai 2021, *Centrum för Rättvisa c/Suède*, n° 35252/08 ; 25 mai 2021, *Big Brother Watch et a. c/Royaume-Uni*, n°s 58170/13, 62322/14 et 24960/15). La CJUE est moins conciliante avec les États sur ce point, si bien que le juge à la Cour EDH Pinto de Albuquerque déplore dans son opinion en partie dissidente sous l'arrêt *Big Brother Watch* (§ 59) que « la Cour de Strasbourg reste en retrait de la Cour de Luxembourg, qui demeure le phare de la protection de la vie privée en Europe ». Cette dernière exige effectivement que les dérogations à la protection des données à caractère personnel s'opèrent dans les limites du strict nécessaire, tandis que l'objectif d'intérêt général poursuivi doit être concilié avec les droits fondamentaux concernés par la surveillance de masse, et ce en effectuant une pondération équilibrée entre l'objectif poursuivi et les droits en cause (8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, § 52). Pour satisfaire l'exigence de proportionnalité, la réglementation nationale doit prévoir des règles claires et précises ainsi que des exigences minimales qui garantissent la protection efficace des données personnelles *contre les risques abus* (6 oct. 2020, *Privacy International*, préc., aff. C-623/17, § 68). En l'occurrence, la mesure législative qui impose aux fournisseurs de services de communications électroniques de procéder à la communication par transmission généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation aux services de sécurité et de renseignement, excède les limites du strict nécessaire et ne saurait être considérée comme étant justifiée dans une société démocratique, ainsi que l'exige le droit de l'Union européenne (art. 15 § 1 de la directive 2002/58/CE lu à la lumière de l'article 4 § 2 TUE et art. 7, 8, 11 et 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux) (*ibid.*, § 81). Les révélations par un consortium de journalistes à propos du logiciel de cybersurveillance « Pegasus » montrent qu'en la matière, dans les faits, « l'abus est la règle, et non l'exception » (J. Fenoglio, « Éditorial : "Projet Pegasus" quand la dérive devient la norme », *Le Monde*, 19 juil. 2021).

fondamentalité (A). D'autre part, et l'état d'urgence sanitaire fut significatif de ce point de vue, le législateur, qui a toujours eu pour tâche ardue la conciliation des libertés, semble de plus en plus porté vers un usage rhétorique de la fondamentalité pour restreindre les droits eux-mêmes. Comme si pour contourner les garanties juridictionnelles et mettre à l'épreuve les méthodes classiques de conciliation, le pouvoir législatif redécouvrait le potentiel liberticide des droits, devant lequel le concept juridique de l'abus est à même de s'ériger (B). La perspective reste donc strictement juridique, et se positionne du point de vue de la logique de la fondamentalité en tant que fondement positif de l'ordre juridique. Autrement dit, il s'agit moins de s'occuper ici de l'opportunité de la norme, que de son mode d'élaboration logique au regard du discours des droits fondamentaux.

#### *A. Le concept de l'abus de droit fondamental au lieu des restrictions générales aux libertés*

**343.** Au sein d'un écosystème juridique complexe et pluraliste, le concept de l'abus de droit, lié au processus normatif concret, est effectivement susceptible de constituer une alternative aux restrictions générales de liberté, qui peuvent s'opérer malhabilement par la loi, parfois même au nom de l'admirable principe d'égalité de traitement. S'agissant de la liberté de religion en particulier, la volonté exprimée par le législateur de prescrire certains comportements<sup>1</sup>, essentiellement la manifestation de la religion musulmane d'ailleurs, se trouve confrontée aux garanties fondamentales de l'ordre juridique libéral, spécialement le principe de non-discrimination. Dès lors, afin de contourner les restrictions directement discriminatoires, le législateur a pu adopter des lois dont l'ingérence dans la liberté de religion se pare des vertus

---

<sup>1</sup> Entre autres : Proposition de loi n° 864 du 28 mars 2013 relative à l'application des principes de laïcité et de neutralité dans les entreprises régies par le code du travail ; Proposition de loi n° 865 du 28 mars 2013 visant à donner la possibilité aux entreprises d'inscrire dans leur règlement intérieur le principe de neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances ; Proposition de loi n° 1027 du 15 mai 2013 visant à assurer le principe de laïcité dans les entreprises privées ; Proposition de loi n° 2595 du 18 février 2015 visant à étendre le principe de laïcité aux établissements publics d'enseignement supérieur ; Proposition de loi n° 2316 du 22 octobre 2014 visant à inclure les sorties scolaires dans la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics ; Proposition de loi n° 2379 du 6 novembre 2019 visant à interdire le port de signes ou de tenues manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse dans les sorties scolaires et les activités organisées dans le cadre scolaire ; Proposition de loi n° 95 du 29 octobre 2020 visant à permettre à tout employeur d'interdire à ses salariés de porter des signes religieux ostentatoires et de se livrer à des prières ou autres activités religieuses sur leur lieu de travail ; Proposition de loi n° 3559 du 17 novembre 2020 visant à étendre les règles de la laïcité à tous les usagers des services publics.

de la neutralité<sup>1</sup>. Une neutralité à l'égard du fait religieux, mais aussi, croyant par-là élever une protection supérieure contre la stigmatisation, à l'égard des convictions au sens large. Ce raisonnement pervers, piège de la fundamentalité à elle-même, a provoqué des restrictions toujours plus générales aux libertés. Il s'agit, en particulier, de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public afin de lutter contre un phénomène en réalité tout à fait précis et minoritaire (le port du niqab ou de la burqa), ou encore de la possibilité d'introduire une clause de neutralité dans le règlement intérieur d'une entreprise qui, cherchant à circonscrire un comportement particulier, constitue une ingérence des plus générales aux libertés de l'ensemble des salariés<sup>2</sup>. Certes, une telle obligation de neutralité doit être spéciale, et ne s'impose en fait qu'aux salariés en contact avec la clientèle<sup>3</sup>, mais elle *doit être*, en même temps, *générale*, c'est-à-dire concerner le port visible de tout signe religieux, philosophique et politique<sup>4</sup>. De telles normes générales et absolues écartèlent l'ordre juridique libéral de ses principes constitutifs<sup>5</sup>. Les destinataires de droits se voient dépouiller de leurs libertés élémentaires en raison du principe fondamental de non-discrimination, directe et indirecte, comme une résurgence de la dichotomie axiologique entre liberté et égalité, que l'on croyait pourtant résolue au sein du discours de la fundamentalité.

---

<sup>1</sup> Sur les ambiguïtés du concept de neutralité en la matière : S. Hennette-Vachez, « Nous sommes Achbita (CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15) », *RTD Eur.*, 2019, p. 105.

<sup>2</sup> En ce sens, l'article L. 1321-2-1 du Code du travail marque, selon S. Hennette-Vachez, « une nouvelle ère consentant des mesures générales et absolues prescrivant la neutralité religieuse » (« Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/4, n° 53, pp. 9-19). Le constat posé par l'Observatoire de la laïcité et la Commission nationale consultative des droits de l'homme est encore plus sévère. Pour eux, cette disposition introduit « la possibilité d'une restriction de portée générale et comporte le risque d'interdits absolus et sans justification objective à l'encontre des salariés, en visant par ailleurs toutes leurs convictions, qu'elles soient syndicales, politiques ou religieuses. En ce sens, cet article s'oppose au principe de laïcité, ouvre la voie à d'éventuelles discriminations et, en retour, au développement d'entreprises communautaires » (« Projet de loi de modernisation du droit du travail. Une disposition remet en cause le principe de laïcité », *Communiqué de Presse*, 19 juil. 2016).

<sup>3</sup> Ce que regrettait déjà J. Savatier, pour qui « cette manière de classer les emplois en fonction de l'attente des clients sur l'apparence physique de ceux qui les servent fait prévaloir les lois économiques de la concurrence sur l'égalité des personnes humaines » (« Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique », *Droit social*, 2004, p. 354). Or, « si l'on y réfléchit bien, une "politique de neutralité à l'égard des clients" n'est rien d'autre, en fin de compte, que l'anticipation par l'employeur du refus des clients de se faire servir par quelqu'un qui porte un signe religieux distinctif » (B. Petit, « Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire », *RDLF* [en ligne], 2017, n° 19).

<sup>4</sup> Une telle obligation de neutralité « doit être considérée comme traitant de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire » (CJUE [GC], 14 mars 2017, *Samira Achbita et a. c/G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15 ; CJUE, 14 mars 2017, *X... et ADDH*, aff. C-188/15 ; Cass. Soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855).

<sup>5</sup> S. Hennette-Vachez, C. Wolmark, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire CJUE Achbita », *Semaine sociale Lamy*, 2016, pp. 5-8.



**344.** Au contraire, le concept de l'abus de droit au sein de l'entreprise privée est susceptible de faire primer l'exercice des libertés fondamentales des membres de la communauté de travail, tout en sanctionnant de manière proportionnée les exercices abusifs de ces libertés, au regard de la nature de la tâche à accomplir, des exigences professionnelles spéciales et objectives<sup>1</sup>, ou encore en vertu des valeurs inhérentes au discours de la fundamentalité dans son ensemble. De ce point de vue, la logique de la fundamentalité serait mieux préservée si le régime de la liberté de religion en entreprise suivait celui de la liberté d'expression<sup>2</sup>. Paradoxalement, en effet, le concept de l'abus de droit fondamental désigne un raisonnement logique susceptible de maximiser la liberté individuelle, en restreignant « chirurgicalement » *les seuls usages abusifs des droits*. La contextualisation intersubjective et interdiscursive impliquée par le concept est nécessairement *a posteriori*, elle laisse la possibilité au destinataire des normes de faire un usage raisonnable de ses droits, au lieu de l'astreindre à une neutralité qui fait de la restriction aux libertés le principe. Le champ du permis et de l'interdit en matière de droits fondamentaux nécessite parfois d'être établi concrètement, et l'interdiction de survenir que si l'exercice des libertés porte une atteinte objective au bon fonctionnement de l'entreprise<sup>3</sup>. En la matière, seul l'abus devrait déclencher la contrainte du juridique. La contextualisation pragmatique mise en œuvre par l'abus de droit est ainsi orientée vers le sens du pratique et du concret, afin d'assurer, au regard de la logique de la fundamentalité, le meilleur équilibre possible entre l'exercice des libertés et la préservation de l'ordre public ou social.

**345.** Une juge à la Cour EDH a évoqué cette nécessité libérale d'une approche concrète et *a posteriori*, telle que la suppose le concept de l'abus de droit, au lieu de ce qui constitue, parfois, des restrictions absolues et générales aux libertés. L'affaire concernait un appel pacifique au boycott des produits israéliens, pour lequel les requérants avaient été condamnés

---

<sup>1</sup> En vertu des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1133-1 du Code du travail qui mettent en œuvre en droit interne les dispositions des articles 2 §2 et 4 §1 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Cass. Soc., 8 juil. 2020, n° 18-23.743).

<sup>2</sup> Ainsi, l'exercice de la liberté d'expression, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, ne peut justifier un licenciement que s'il dégénère en abus (Cass. Soc., 26 janv. 2000, *RJS* 2000, n° 259 ; 24 sept. 2013, n° 12-14.131 ; 6 mai 2015, n° 14-10.781 ; 21 mars 2018, n° 16-20.516, *RJS* 2018, n° 400) tandis que « l'abus de droit est la seule limite apportée à la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise » (Cass. Soc., 12 nov. 1996, n° 94-43.859).

<sup>3</sup> Ce qui n'est pas sans rappeler la façon dont le Conseil d'État exige que l'ingérence dans la liberté de conscience soit rendue nécessaire par un trouble objectif à l'ordre public (CE, 26 août 2016, n°s 402742, 402777 ; CE, 26 sept. 2016, n° 403578) ou dans le fonctionnement du service public (CE, 12 fév. 2020, n° 418299).

pour provocation à la discrimination. La Cour EDH a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 10 par l'État français. Dans une opinion en partie dissidente et en partie concordante, la juge O'Leary évoqua le caractère excessivement liberticide de l'interprétation par les juges internes de la loi pénale, spécialement l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse :

« Tel qu'interprété et appliqué par les juridictions internes, le droit français interdit de manière absolue et générale tout appel au boycott de produits à raison de leur origine géographique. En soi, pareille restriction à la liberté d'expression de manifestants appelant à un boycott, et d'ailleurs à la liberté d'expression des consommateurs répondant à un tel appel, est contraire à l'article 10 de la Convention. En effet, une interdiction générale de cette nature ne permet pas aux juridictions de procéder à la nécessaire analyse des circonstances particulières à chaque affaire, pas plus qu'elle ne leur laisse la possibilité d'identifier les différents droits et intérêts en présence et de procéder à leur mise en balance. Autre point crucial, elle ne permet pas d'opérer une distinction entre les actes qui (...) relèvent d'une "critique passive de la politique d'un État relevant du libre jeu du débat politique" et ceux, bien différents, qui relèvent d'appels sinistres et déguisés à la haine, à l'intolérance et à l'antisémitisme et que la Convention ne saurait tolérer. (...) [C]ertaines juridictions françaises ont depuis quelques années tendance à considérer que le simple fait d'inciter des consommateurs à ne pas acheter des produits d'une origine donnée s'analyse en une incitation à la discrimination réprimée par la loi. Pour justifier leurs actes, les personnes poursuivies pour une telle infraction ne peuvent donc pas arguer qu'elles exprimaient une opinion politique, les juridictions internes considérant que la liberté d'expression ne constitue pas un moyen de défense valable relativement à une infraction réprimée par le droit français. En substance, cela signifie que des appels au boycott (...) sont interdits par principe, et que l'application de l'article 10 est exclue. Un raisonnement juridique comme [celui-ci] exclut l'application de la Convention d'une manière équivalente à l'article 17 »<sup>1</sup>.

**346.** Comme le processus législatif cependant, rien ne laissait supposer que le raisonnement logique de l'abus de droit soit immunisé contre le fait majoritaire potentiellement liberticide. En vertu du concept de l'abus, la validité de l'acte litigieux est effectivement appréciée au regard des valeurs protégées par le discours de la fundamentalité dans son

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 11 sept. 2020, *Baldassi et a. c/France*, n<sup>os</sup> 15271/16 et a., *Opinion en partie dissidente et en partie concordante de la juge O'Leary*, §§ 37-38.

ensemble. Le risque étant, à l'évidence, que la logique conceptuelle de l'abus de droit se réduise à la prévalence des valeurs de la majorité<sup>1</sup>.

« It seems fatally easy to believe that loyalty to democratic principles entails acceptance of what may be termed moral populism: the view that the majority have a moral right to dictate how all should live... The central mistake is a failure to distinguish the acceptable principle that political power is best entrusted to the majority from the unacceptable claim that what the majority do with that power is beyond criticism and must never be resisted. No one can be a democrat who does not accept the first of these, but no democrat need accept the second »<sup>2</sup>.

L'enjeu cognitif au sein du discours est justement d'inclure la préoccupation des droits des minorités au sein des principes constitutifs de la fundamentalité en tant que discours objectif et structurel<sup>3</sup>. Ainsi, la Cour EDH rappelle régulièrement que la protection des droits des minorités compte parmi les valeurs les plus essentielles du discours de la fundamentalité et de la société démocratique.

« Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique". Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité, mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et *qui évite tout abus de position dominante*. Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur un dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique (...). Le fait pour l'État de respecter l'opinion d'une minorité en tolérant une conduite qui n'est pas en soi incompatible avec les valeurs d'une société démocratique ou totalement hors des règles de conduite d'une telle société, bien loin de créer des inégalités injustes ou une discrimination, est de nature à assurer le pluralisme dans la cohésion et la stabilité et à promouvoir l'harmonie et la tolérance au sein de la société »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Les valeurs de la majorité auxquelles le juge européen des droits de l'homme fait régulièrement référence, comme lorsque la Commission EDH, dans une affaire relative à la répression de l'homosexualité, évoque la « grande partie de l'opinion irlandaise » ou la Cour, à propos de l'interdiction de l'avortement, qui met en avant « l'attitude de la majorité du peuple irlandais » (Cour EDH, 26 oct. 1988, *Norris c/Irlande*, n° 8225/78, § 42 ; 29 oct. 1992, *Open Door et a. c/Irlande*, nos 14234/88 et a. § 63 ; cf. E. Birden, *La limitation des droits...*, préc., p. 48).

<sup>2</sup> H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford UP, 1963, p. 79 cité par *ibid.*, p. 283.

<sup>3</sup> Pour R. Dworkin, le système des droits constitue « la promesse de la majorité faite aux minorités que leur dignité et égalité seront respectées » (*Taking Rights Seriously*, préc., p. 205).

<sup>4</sup> Cour EDH, 1 juin 2015, *Petropavlovskis c/Lettonie*, n° 44230/06, § 70, nous soulignons.

**347.** Le concept de l’abus de droit confirme sa vocation libérale en luttant contre « l’abus de position dominante », dans un contexte qui n’est pas ici économique, mais qui désigne la tentation des majorités politiques et de leur législation, au détriment de l’intégrité du discours des droits fondamentaux. La contextualisation logique de l’abus, qui vise la juste mesure dans l’usage des droits, exige également qu’il ne soit pas réclamé du destinataire des normes plus de restrictions à ses libertés que ce qu’il lui revient d’assumer dans une communauté de droit. D’ailleurs, il ne faudrait pas croire que l’équilibre poursuivi par ce concept en vue de l’intégrité de l’ordre juridique favoriserait démesurément et absolument les prétentions des minorités<sup>1</sup>. Sous l’égide de la fundamentalité, la contextualisation pragmatique de l’abus de droit concrétise les ambitions de ce discours vis-à-vis de l’autonomie et de la liberté autant que les exigences interdiscursives et intersubjectives inhérentes à une communauté de droit. En un mot, le concept juridique de l’abus vise à préserver la signification authentique des droits fondamentaux.

### *B. Le concept de l’abus contre le dévoiement liberticide des droits*

**348.** En mars 2020, alors que la France connaissait son premier confinement, c’est-à-dire un régime de police administrative<sup>2</sup>, le syndicat *Jeunes Médecins* a saisi le juge des référés afin d’enjoindre le Premier ministre et le ministre des Solidarités et de la Santé à prononcer un confinement total de la population par la mise en œuvre de mesures plus strictes, telles que l’interdiction totale de sortir de son lieu de confinement sauf motif médical, l’arrêt des transports en commun, ou encore l’arrêt des activités professionnelles non vitales. Les requérants alléguaient que les mesures de police adoptées par décret<sup>3</sup> étaient insuffisantes et que la carence de l’État portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie et implicitement au droit à la santé. Si le Conseil d’État a considéré qu’un confinement total sur le plan national, comme réclamé par les requérants, n’était pas souhaitable au regard des droits allégués eux-mêmes, il a tout de même enjoint le Gouvernement à réexaminer

---

<sup>1</sup> Ainsi, la Cour EDH n’est pas allée jusqu’à reconnaître un droit individuel et universel à la protection d’un héritage culturel particulier (Cour EDH, 21 fév. 2019, *Z. Ahumbay et a. c/Turquie*, n° 6080/06).

<sup>2</sup> X. Dupré de Boulois, « La fin des droits de l’homme ? », *RDLF* [en ligne], 2020, n° 60.

<sup>3</sup> Le décret du 16 mars 2020 interdisait déjà, jusqu’au 31 mars 2020, le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d’exceptions limitatives, ainsi que tout regroupement avec la possibilité, pour le représentant de l’État dans le département, d’adopter des mesures plus strictes si des circonstances locales l’exigeaient ; cf. not. D. Roman, « “Liberté, égalité, fraternité” : la devise républicaine à l’épreuve du covid-19 », *RDSS*, 2020, p. 926.

certaines exceptions limitatives compte tenu des enjeux majeurs de santé publique<sup>1</sup>. Le lendemain, le Premier ministre adoptait un décret rendant plus restrictive l'exception à la limitation de déplacement<sup>2</sup>. Voilà un usage bien paradoxal du référé-liberté : cette procédure a été créée pour « protéger l'exercice des libertés fondamentales contre les emportements administratifs ; le juge (...) se retrouve désormais en situation de prescrire aux autorités de police l'adoption de mesures de contrainte qui peuvent constituer des entraves importantes à l'exercice de différentes libertés »<sup>3</sup>. En réalité, le référé-liberté n'est ici que la manifestation procédurale du caractère objectif de la fundamentalité<sup>4</sup>. De manière évidente, et sans considération d'opportunité normative, cette affaire met en exergue l'aptitude liberticide des droits fondamentaux eux-mêmes. Or, celle-ci avait déjà été identifiée lors de la formulation de tels droits dans les différentes sources textuelles, notamment régionales et internationales, comme en témoigne l'insertion dans les déclarations de la notion formelle d'abus, laquelle proscriit, on le sait, de déduire des droits ainsi proclamés la possibilité de leur destruction ou de leur plus ample limitation. Bien sûr, la portée liberticide des droits s'accroît en même temps que leur champ d'application. J. Raz relevait à cet égard certains dangers des droits de l'homme : « *in the existing climate they lend themselves to reckless activism, which ignores the fact that rights impose duties and that the case for the existence of the duties has to be established beyond pointing to the value of the right to the right-holder* »<sup>5</sup>.

**349.** Il faut dire que la théorie des obligations positives élaborée par l'interprète privilégié de la Convention EDH enclin l'autorité étatique à adopter la rhétorique de la protection des droits pour justifier des mesures de police restrictives de libertés, spécialement

---

<sup>1</sup> CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674.

<sup>2</sup> En particulier concernant la pratique du sport et la fermeture des marchés non couverts : Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

<sup>3</sup> X. Dupré de Boulois, « On nous change notre... Référé-liberté », préc. ; *a contrario* : C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 1355. Le juge administratif qui, de manière générale, a toujours eu à connaître d'un contentieux à propos de l'insuffisante sévérité d'une mesure ou d'une sanction administrative (L. Seurot, « Le contentieux de la sanction administrative insuffisamment sévère », *RFDA*, 2021, p. 48).

<sup>4</sup> *Supra*. §§ 112 et s.

<sup>5</sup> J. Raz, « Human Rights in the Emerging World Order », dans *Transnational Legal Theory*, préc., p. 47.

en matière de droit à la vie<sup>1</sup> ou à la santé<sup>2</sup>. Comme si l'ambition d'effectivité de certains droits devait susciter inexorablement la restriction immodérée à d'autres libertés. À l'image connue de vases communicants en cette matière de la fundamentalité, les autorités normatives pourraient se satisfaire d'un affaiblissement général des libertés au nom de la sauvegarde d'un droit effectivement garanti. D'autant plus lorsque « la convergence des instruments [de protection internationaux] est significative : elle indique que le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme »<sup>3</sup>. À l'instar des destinataires des normes ou de l'autorité administrative, le législateur, constitutionnellement habilité à la conciliation générale des libertés quand il ne cède pas aux sirènes de l'état d'urgence<sup>4</sup>, peut être tenté d'arguer abusivement de certains droits fondamentaux, spécialement le droit à la vie, qui, comme le droit à la santé y compris dans son acception subjective précaire<sup>5</sup>, recèle le potentiel d'une « valeur tyrannique »<sup>6</sup>. Si bien que « le caractère prééminent de la protection juridique de la vie tend à placer l'État en administrateur de celle-ci dans le cadre du biopouvoir »<sup>7</sup> ; et ce, de manière pérenne. Il est un risque à ce que

---

<sup>1</sup> L'article 2 « astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction » (Cour EDH [GC], 17 juil. 2014, *Affaire centre des ressources juridiques c/Roumanie*, n° 47848/08, § 130). Ces obligations positives consistant généralement à mettre en place un cadre réglementaire adéquat et à prendre préventivement des mesures d'ordre pratique.

<sup>2</sup> Cour EDH, 8 juil. 2004, *Vo c/France*, n° 53924/00.

<sup>3</sup> Cour EDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/Allemagne*, n° 34044/96, § 94.

<sup>4</sup> M. Altwegg-Boussac, « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], avril 2020 ; S. Hennette-Vauchez, S. Slama, « La valse des états d'urgence », *AJDA*, 2020, p. 1753 ; J.-L. Halpérin, S. Hennette-Vauchez, É. Millard (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, 268 p.

<sup>5</sup> Qui tend, à vrai dire, à se confondre, sur le fondement de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, avec l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique (préalablement principe : CC, 22 juil. 1980, n° 80-117 DC, § 4) largement utilisé comme motif objectif de restriction aux droits fondamentaux, spécialement en contexte épidémique (art. L. 3131-1, L. 3131-15 du Code de la santé publique ; CC, 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, § 17 ; CE, 22 juil. 2020, n° 440149, § 4) ou en matière de vaccination obligatoire afin de restreindre le droit à l'intégrité physique et donc à la vie privée (CE, 6 mai 2019, n° 419242 ; Cour EDH [GC], 8 avril 2021, *Vavříčka et a. c/République tchèque*, nos 47621/13 et a.), mais encore pour limiter le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, le droit à l'emploi, le droit de grève, la liberté d'aller et venir (X. Bioy, « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS*, 2013, p. 45). Cf. égal. S. Juan, « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *RDP*, 2006, n° 2, p. 439 ; L. Gay, « La protection de la santé dans l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Un principe, des droits », *Politeia* [en ligne], juin 2020, n° 37 ; X. Bioy, « Le droit d'accès aux soins en contexte pandémique », *AJDA*, 2020, p. 1487.

<sup>6</sup> C. Amodio, I. Boucoba, « Quand le Président du Conseil limite les libertés au nom du droit à la santé publique... », *La Revue des Droits de l'Homme*, juil. 2020, préc.

<sup>7</sup> C. Le Bris, « La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 2021, n° 19.

le langage de la fundamentalité soit paradoxalement utilisé dans le sens d'un plus grand interventionnisme étatique quant à la détermination de la conduite des bénéficiaires de droits.

**350.** Devant le risque d'un tel usage abusif de la fundamentalité, détournée de l'appropriation subjective et exclusivement orientée vers le maintien de l'ordre<sup>1</sup>, à l'image de l'essor rhétorique d'un droit fondamental à la sécurité<sup>2</sup>, le concept de l'abus consisterait toujours en la contextualisation pragmatique de la prétention normative vis-à-vis de ce discours ; celle, en l'occurrence, du législateur qui revendique la protection d'un droit fondamental, au bénéfice de tout ou partie des destinataires des normes, dans le but invalide de porter une atteinte disproportionnée aux autres droits et libertés. Au gré de l'inflation significative des droits fondamentaux, le législateur est effectivement amené à s'approprier de manière extensive l'équilibre à opérer entre les modes d'être de la liberté. Conformément à la logique connaissable de la fundamentalité, le juge, dernier interprète de l'abus, est en mesure de disqualifier la prétention législative à protéger un droit fondamental dans le contexte considéré, et ainsi réfuter la logique de proportionnalité dont le législateur a lui-même créé les conditions de nécessité. Dans une telle perspective normative, on pourrait imaginer une juridiction constitutionnelle déclarer abusive *l'invocation* du droit à la vie ou à la santé « dans les circonstances particulières de l'espèce », si bien que le législateur ne serait pas fondé à concilier (et donc à restreindre) d'autres libertés – liberté personnelle, droit à la vie privée, liberté d'entreprendre, liberté d'expression – avec ces usages invalides des droits allégués. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a déjà rejeté certains usages de droits fondamentaux invoqués par des députés et sénateurs *requérants*. Ainsi, dans le cadre du contrôle *a priori* de la *Loi confortant le respect des principes de la République*, il a considéré, contrairement à ce que soutenaient les auteurs de la saisine, que l'instruction en famille n'est pas une composante de la liberté de l'enseignement<sup>3</sup>. À la fin, si la possibilité d'une signification objective des droits

---

<sup>1</sup> P. Rapi, « Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], juin 2020.

<sup>2</sup> X. Bioy, « Droit à la sécurité et compétence de la loi », préc. ; P. Jourdain, « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité ? », dans *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?* M. Nicod (dir.), Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, p. 83 ; M. Afroukh, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour EDH », *RDP*, 2015/1, p. 139 ; X. Dupré de Boulois, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RDLF* [en ligne], 2018, n° 13 ; C. Lazerges, « Le droit à la sécurité a-t-il effacé le droit à la sûreté ? L'exemple de la loi "Sécurité globale" », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 20/2021.

<sup>3</sup> CC, 13 août 2021, n° 2021-823 DC, § 72 : « en prévoyant que "L'instruction primaire est obligatoire... elle peut être donnée soit dans les établissements d'instruction primaire ou secondaire, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles, par le père de famille lui-même ou par toute personne qu'il aura choisie », l'article 4 de la loi du 28 mars 1882 mentionnée ci-dessus n'a fait de l'instruction en famille qu'une modalité de mise en

fondamentaux fonde le concept de l'abus de droit, elle doit également fonder les limites à leur restriction.

**351.** Le concept de l'abus de droit a vocation à préserver la logique de la fundamentalité, et avec elle son infrastructure : la maximisation de la liberté<sup>1</sup>. Dès lors, s'il ne faut pas se méprendre sur la signification des droits, il ne faut pas non plus se tromper sur celle de l'abus de droit. L'actualité incessante à propos de la liberté d'expression, spécialement en matière religieuse, a révélé ces invocations spéculatives du concept d'abus, dénuées de fondement juridique, et qui en constituent même un authentique dévoiement. Ce sont ces propos qui appellent à l'autocensure en matière de liberté d'expression à l'égard du fait religieux<sup>2</sup>, prétendument au nom de l'abus de droit. Ces rhétoriques abusives cherchent la censure *ab initio*, réduisant les prétentions à exercer de manière valide la liberté d'expression en moquant, caricaturant, blasphémant. Il se distille dans la société politique un discours non juridique, mais qui se prétend l'être, et qui *assimile de manière problématique l'excès à l'abus*. Au contraire, juridiquement, le concept de l'abus de droit fondamental laisse au destinataire la priorité de l'usage, pour ensuite en contrôler la validité au regard des règles constitutives du discours de la fundamentalité<sup>3</sup>. La contextualisation pragmatique qu'il suppose est logique et non psychologique, elle prend appui sur la connaissance objective à propos des droits fondamentaux au sein d'une communauté de discours, contre l'attitude psychologisante qui voit à travers la fundamentalité une immunité contre le désagrément social, un droit à ne pas être offensé dans ses croyances, valeurs ou sentiments. Aussi, ne faut-il pas confondre le concept juridique de l'abus de droit fondamental avec la rhétorique de l'abus, que certains brandissent allègrement dans la sphère sociale, au mépris d'une correcte signification en droit, et aux fins d'imposer une censure politique, morale ou religieuse.

---

œuvre de l'instruction obligatoire. Il n'a ainsi pas fait de l'instruction en famille une composante du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté de l'enseignement » ; « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », *RFDA*, 2021, p. 215.

<sup>1</sup> Les « peuples des Nations Unies (...) se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie *dans une liberté plus grande* » (Préambule de la DUDH, *nous soulignons*). À propos du *principe de liberté* au fondement de l'ordre juridique, cf. S. Perera, *Le principe de liberté en droit public français*, Paris, LGDJ, 2021, spéc. pp. 39-154.

<sup>2</sup> O. Mongin, J. L. Schlegel, « Les défenseurs de la caricature à tous les vents sont aveugles sur les conséquences de la mondialisation », *Le Monde*, 3 nov. 2020.

<sup>3</sup> Cf. not. TGI Paris (17ème ch.), 22 mars 2007, *Société des habous et des lieux saints de l'Islam et Union des organisations islamiques de France c/ Ph. Val*, *Légipresse*, préc.



\*

\*       \*

**352.** Si la sémantique des droits fondamentaux porte à l'évidence une victoire symbolique de l'individualisme, l'abus de droit rappelle au droit positif le concept de libertés publiques, selon lequel les « libertés sont envisagées en tant qu'objets de la réglementation juridique »<sup>1</sup>. Dans un environnement juridique objectivement complexe, où les sources normatives sont fragmentées, les relations sociales déséquilibrées et les prétentions aux droits diverses, l'abus de droit fondamental est un concept normatif aux dispositions déterminantes pour le bon fonctionnement du discours de la fundamentalité. Loin de renoncer à l'idéal d'harmonie en droit, il déploie une contextualisation pragmatique, au plus près de la réalité sociale, qui peut rendre aux relations juridiques leur *juste équilibre logique*. Une telle finalité normative n'appartient ni aux idées platoniciennes ni au bon vouloir du juge, elle résulte d'une activité cognitive constante au sein de la communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité, c'est-à-dire un travail incessant de conceptualisation des moyens et des raisons en droit. De ce point de vue, le concept de l'abus de droit n'est pas bien différent du concept de proportionnalité, il ne fait que concrétiser la logique de la fundamentalité contre les diverses tentations liberticides, publiques comme privées, qui jouent de la démesure en dépit du véritable sens des droits.

**353.** Toutefois, l'intérêt spécifique de l'abus de droit est de se positionner directement et explicitement sur le terrain de la signification des droits fondamentaux. Il contribue ainsi à maîtriser les représentations normatives que véhicule la fundamentalité en tant que discours structurel des sociétés démocratiques. Les idéologies totalitaires notamment, toujours en embuscade pour déployer leur pensée mortifère derrière l'apparat légal de la liberté, sont exclues sans ménagement du discours de la fundamentalité. À travers cette fonction de police de la signification, le concept juridique de l'abus, dans une œuvre normative et cognitive commune, indique ce en quoi consiste *réellement* l'exercice d'un droit fondamental. Non seulement les prétentions abusives ne reçoivent pas la protection juridique attachée aux droits fondamentaux, mais, de surcroît, la communauté d'interprétation du discours dans son ensemble est informée sur ce que de tels droits ne constituent pas. Cette information décisive,

---

<sup>1</sup> P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, 2017, p. 3.

particulièrement dans un contexte où la rhétorique de la fundamentalité est utilisée abondamment, est relayée dans le langage du droit par la notion de l'abus de droit fondamental.

## Chapitre 2. L'intérêt de la notion de l'abus de droit aux fins de préserver le discours de la fundamentalité

« Faudra-t-il gâter son système ? Faudra-t-il qu'il y ait moins de beauté, de perfection et de raison dans l'univers, parce qu'il y a des gens qui abusent de la raison ? »<sup>1</sup>.

**354.** Dans les sociétés pluralistes aux ordres juridiques enlacés, il est attendu du processus normatif concret en matière de droits fondamentaux un haut niveau d'argumentation et de justification dialogique. Si la contextualisation logique signifiée par le *concept* de l'abus de droit fondamental relève du *raisonnement* juridique, la sanction négative de ce raisonnement est exprimée dans le *langage* du droit par la *notion* de l'abus de droit fondamental. Cette notion a des vertus propres en ce qui concerne la normativité concrète des droits fondamentaux. En signifiant à la communauté d'interprétation ce en quoi consiste réellement l'exercice des droits fondamentaux, la notion de l'abus de droit préserve autant l'intégrité de la fundamentalité (section 1) que son effectivité (section 2). En un mot, elle contribue à préserver la fundamentalité en tant que système.

**355.** Précisément, l'abus de droit fondamental est une notion indépassable dans le langage juridique pour exclure, tantôt avec pragmatisme, tantôt avec autorité, les faits prétendant constituer des usages de droits fondamentaux alors qu'ils sont absolument incompatibles avec les règles constitutives de la fundamentalité en tant que discours. Or, pour que la fundamentalité affermisse sa normativité sociale générale, il est essentiel de savoir, et même d'expliquer, pourquoi, en vertu d'un raisonnement juridique logique et objectif, certaines pratiques sociales contextualisées relèvent de l'exercice de droits fondamentaux alors que d'autres en sont exclues. Toute prétention sociale normative ne consiste pas en l'exercice d'un droit et cette logique de la fundamentalité bien comprise, concrétisée notamment par la notion de l'abus de droit fondamental, est à même de désamorcer un certain nombre de critiques attachées à une représentation radicale, et à la fin erronée, du phénomène juridique des droits fondamentaux.

---

<sup>1</sup> G.W. Leibniz, *Essais de Théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal* (1710), Paris, Garnier-Flammarion, 1969, p. 174.

## Section 1. Les dispositions de la notion de l'abus de droit à préserver l'intégrité du discours de la fundamentalité

356. Depuis l'apparition de la notion en droit positif, la question de l'utilité de l'abus de droit n'eut de cesse d'être posée. Durant les travaux préparatoires à la Convention EDH, il a été pertinemment soulevé que les dispositions du texte conventionnel permettaient déjà de restreindre les libertés au regard de considérations d'ordre public au sens large. Bâtie sur des confusions théoriques, la notion apparut même inconsistante pour ceux qui considéraient qu'il ne peut y avoir de « liberté concevable contre l'intérêt commun, le bien général, la sécurité et l'ordre des citoyens »<sup>1</sup>. L'article 17 fut tout même conservé au sein du texte conventionnel adopté en 1950. Peu de temps après, lors de l'élaboration du premier protocole additionnel à la Convention, qui prévoit en son article 2 le droit à l'instruction<sup>2</sup>, nombreux sont ceux qui trouvèrent une utilité pratique à l'article 17. Il était craint, déjà, que les convictions religieuses et philosophiques des parents, en droit d'assurer l'éducation de leurs enfants, s'opposent fondamentalement à la philosophie des droits de l'homme, aux conceptions démocratiques de la société, et généralement aux valeurs portées par la Convention<sup>3</sup>. La Commission juridique chargée de l'élaboration de ce protocole mit alors en avant la notion de l'abus de droit :

---

<sup>1</sup> M. Teitgen, « Rapport oral à l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe » (7 déc. 1951), dans *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., Annexe I, p. 15.

<sup>2</sup> Art. 2 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

<sup>3</sup> En réalité, c'était la diffusion de l'idéologie communiste qui était particulièrement redoutée. Un des participants s'interrogea : « un père de famille, étant ou se croyant communiste, serait-il en droit d'exiger que l'État assure aux frais de la nation une instruction conforme au matérialisme dialectique ? » (M. Mollet, « Assemblée Consultative – Deuxième session », Strasbourg 7-28 août 1950, *travaux préparatoires à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention CDH(67)*, p. 91). Pour la Commission juridique, la notion de l'abus de droit apportait la « réponse décisive » (« Rapport sur la communication du Comité des Ministres relative au protocole additionnel », présenté par M. Teitgen, au nom de la Commission des Questions juridiques et administratives (4 déc. 1951) dans *ibid.* p. 162). « Ils ont dit "il vaut mieux garantir seulement les convictions religieuses, parce que cela nous permettra de ne pas voir des organisations, et peut être des écoles communistes et de propagande anarchiste, réclamer le bénéfice de la garantie européenne des Droits de l'Homme". La crainte (...) était vaine, car il existe, dans la Convention (...), un article 17 qui serait applicable de plein droit » (M. Teitgen, préc., p. 16). « Alors que le texte proposé par l'Assemblée garantissait le respect aussi bien des convictions philosophiques des parents que leur conviction religieuse, la sauvegarde n'est prévue par le Protocole que pour le respect des seules convictions religieuses (...). [Ces différences] s'expliqueraient notamment par le souci de ne pas permettre la diffusion de doctrines directement dirigées contre les principes mêmes qui sont à la base de la Convention. Mais notre commission rappelle que cette préoccupation a été exprimée déjà au cours de la discussion d'autres libertés et a conduit à l'insertion dans le texte de la Convention d'une disposition générale [l'article 17] qui couvre aussi, de manière satisfaisante, la matière de l'enseignement » (« Avis de la Commission juridique (signé Henri Rolin) », Bruxelles le 1<sup>er</sup> et 2 octobre 1951, *travaux préparatoires à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, préc. p. 156).

« Finalement l'accord s'est fait entre l'Assemblée unanime et les ministres unanimes sur un principe de bon sens, celui que contient l'article 17 (...) et qui dit que les libertés que nous garantissons dans nos Conventions des Droits de l'Homme pour le développement de la personnalité humaine et des institutions démocratiques ne peuvent être utilisées à des fins de destruction des régimes de liberté, et que nos gouvernements ont le droit d'organiser pratiquement l'exercice, sur leur territoire, des libertés définies par la Convention, de telle sorte qu'elles ne puissent servir à ceux qui veulent détruire la liberté et les régimes démocratiques »<sup>1</sup>.

**357.** De ses sources conventionnelles, la notion de l'abus de droit apparaît comme un principe de bon sens au sein du discours de la fundamentalité, d'autres diraient un principe de justice<sup>2</sup>. Une forme de pragmatisme juridique de sens commun, selon lequel les libertés fondamentales dont bénéficient les sujets de droit ne peuvent être utilisées dans le but de détruire l'ordre juridique qui les prévoit<sup>3</sup>. « La liberté d'abuser d'elle-même n'est pas la liberté dans le Droit, mais la liberté qui détruit le Droit »<sup>4</sup>. Encore faut-il que ce pragmatisme logique, inhérent à la pensée du droit, soit visible dans le langage de la fundamentalité (§ 1). Car, en vue de préserver l'intégrité du discours des droits fondamentaux, certaines situations litigieuses nécessitent que la logique juridique dévoile une réelle autorité pratique et symbolique (§ 2).

---

<sup>1</sup> M. Teitgen dans *ibid.*, p. 195.

<sup>2</sup> « Justice does not require that men must stand idly by while others destroy the basis of their existence » (J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, OUP, 1971, p. 218).

<sup>3</sup> « La liberté humaine, justement parce qu'elle est sacrée, ne doit pas devenir la panoplie d'où ses ennemis pourront librement détacher les armes par lesquelles ils pourront ensuite, en toute liberté, supprimer cette liberté » (M. Maccas, *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., 5 mars 1975, C.R., 1949, II, pp. 443-445).

<sup>4</sup> P. Häberle, *La libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Rome, éd. de Paolo Ridola, NIS, 1993, p. 149.

## § 1. La notion de l'abus de droit, une référence pragmatique dans le langage de la fundamentalité

**358.** « Il faut insérer dans les lois de grandes notions directrices souples et larges conférant aux juges une liberté d'appréciation complète dans les cadres tracés par les formules légales et leur évitant l'obligation de ruser avec les textes contraires aux nécessités »<sup>1</sup>. L'abus de droit est une notion aux dispositions normatives particulières dans le langage de la fundamentalité. D'une part, elle est une source juridique autonome au sein du processus normatif concret (A). D'autre part, elle déploie un message normatif spécifique à destination de la communauté d'interprétation dans son ensemble, qui se révèle être indispensable à l'intégrité de la fundamentalité (B).

### A. L'autonomie normative de la notion de l'abus de droit fundamental

**359.** Contrairement aux autres dispositions de la Convention EDH, la notion de l'abus de droit n'est pas liée par la clause de l'article 18 qui prévoit la limitation de l'usage des restrictions aux droits<sup>2</sup>. Effectivement, cette disposition concerne les restrictions conventionnelles déterminées qui peuvent être apportées à chaque droit pris isolément. Or, la notion de l'abus de droit fundamental, telle qu'elle est prévue dans les déclarations régionales et internationales de droits de l'homme, consiste au contraire en une directive d'interprétation de l'ensemble des dispositions de ces sources normatives. Elle se situe dans un cadre d'analyse systémique de l'ensemble des normes fondamentales. Un principe général d'interprétation, voire *un principe général du droit*<sup>3</sup>, qui ne vise pas d'autres buts explicites que lui-même.

---

<sup>1</sup> G. Morin, E. Souriau, M. Blondel, C.-A. Emges, « L'abus des droits et les relations du réel... », préc., p. 6.

<sup>2</sup> Art. 18 de la Convention EDH : « Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

<sup>3</sup> CE, 27 sept. 2006, *Société Janfin*, n° 260050 ; CJCE, 14 déc. 2000, *Emsland Starke GmbH*, préc., § 38 ; D. Simon, « Vers la reconnaissance progressive de la théorie de l'abus de droit communautaire ? », *Europe*, fév. 2001, n° 2, com. 52. Le tribunal constitutionnel espagnol, s'agissant d'une affaire impliquant la notion de fraude à la loi, a affirmé que les principes du titre préliminaire du Code civil, dont fait partie la notion de l'abus de droit (art. 7) sont applicables à l'ensemble du système juridique : « Tout d'abord, il convient de noter, à titre de première observation, que la fraude à la loi, en tant qu'institution juridique qui assure l'efficacité des règles contre les actes qui poursuivent *des fins interdites par l'ordre juridique ou contraires à celui-ci*, est une catégorie juridique qui a des effets d'invalidation identiques dans tous les secteurs de l'ordre juridique. À proprement parler, il ne peut être soutenu aujourd'hui que l'article 6.4 du Code civil, qui prévoit en termes généraux la fraude à la loi, est une règle exclusive du droit civil. *Le précepte susmentionné, comme la plupart de ceux qui composent le titre préliminaire, est applicable à l'ensemble du système juridique*, et ce n'est que par tradition historique, sans doute respectable, qu'il conserve sa place normative dans le Code civil » (Tribunal Constitucional, 26 mars 1987, n° 37/1987, BOE n° 89, pp. 6-12, nous traduisons *et soulignons*). Dans sa thèse sur la question, L. Eck soulève que « l'interdiction

Formellement, l'interdiction de l'abus de droit est une finalité en tant que telle du discours de la fundamentalité. Elle n'est pas circonscrite aux restrictions nécessaires des droits fondamentaux prévues par les autres dispositions normatives, comme la sécurité nationale, l'ordre public, la protection de la santé ou de la morale, ou encore la protection des droits d'autrui. À l'évidence, l'interdiction de l'abus de droit concourt à la poursuite de ces finalités, mais son fondement autonome lui confère une praticité normative spéciale<sup>1</sup>. Si bien que la notion d'abus peut constituer, à elle seule, *l'assise explicite des fondements de la norme juridictionnelle*<sup>2</sup>.

**360.** La notion de l'abus de droit permet à l'interprète authentique de protéger les intérêts des destinataires du fait litigieux, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer de droit particulier à leur bénéfice. Pour F. Ost, l'exercice prétendu d'un droit subjectif « est susceptible de faire l'objet d'un contrôle social au regard des intérêts en présence. Dès qu'un intérêt tiers est mis sérieusement en cause (intérêt particulier, collectif ou général peu importe), des comptes seront demandés au sujet de droit : l'absence d'intérêt légitime ou raisonnable dans son chef, l'intérêt indifférent ou l'intérêt insuffisant au regard du préjudice causé seront autant de raisons de conclure à l'abus de droit »<sup>3</sup>. En matière de liberté d'expression, et malgré l'absence d'incrimination de blasphème en droit français, certaines normes juridiques concrètes ont sanctionné, sur le fondement de l'abus de la liberté d'expression, les atteintes aux sentiments des croyants<sup>4</sup>. Parmi de nombreux exemples, l'affiche du film « Ave Maria », pour laquelle une jeune femme était crucifiée poitrine dénudée, fut interdite par le juge des référés du TGI de

---

de l'abus de droit apparaît comme un principe immanent au droit constitutionnel, notamment destiné à corriger les imperfections de ce dernier (...) qui, en s'adaptant au droit dans lequel il s'intègre, se révèle être un principe exceptionnel de défense des valeurs du droit constitutionnel » (*L'abus de droit en droit constitutionnel*, préc., p. 480). De même, pour D. Simon et A. Rigaux, s'agissant du droit de l'Union européenne, il est « indéniable que la théorie de l'abus de droit perd progressivement la nature d'une méthode d'interprétation de dispositions de droit dérivé pour acquérir le statut de véritable principe général du droit communautaire » (« La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2003, p. 570) ; Cf. not. CJCE, 5 juil. 2007, *Hans Markus Kofoed*, aff. C-321/05.

<sup>1</sup> En matière d'abus de droit au recours, « l'amende qui est instituée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, présente le caractère d'une mesure d'ordre public que le juge de cassation peut prononcer d'office, sans être astreint aux exigences d'une procédure contradictoire » (CE, Ass., 5 juil. 1985, n° 21892, préc.).

<sup>2</sup> Selon la formule de V. Champeil-Desplats, « Étayer les justifications juridictionnelles de la protection des droits et libertés ? Les cas du référé-liberté et du contentieux constitutionnel », dans *Refonder les droits de l'Homme...*, préc., p. 272.

<sup>3</sup> F. Ost, dans *Droit et intérêt (Entre droit et non-droit : l'intérêt)* P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), vol. 2, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1990, p. 149.

<sup>4</sup> C. Viennot, « Les croyances, symboles et rites religieux en droit de la presse... », préc., pp. 53-78.

Paris au motif qu'elle constituait « un acte d'intrusion agressive et gratuite dans les tréfonds intimes des croyances de ceux qui (...) se voient – hors toute manifestation de volonté de leur part – nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publicitaire et commerciale, contestable et trompeuse, constitutive (...) d'un trouble manifestation illicite »<sup>1</sup>. Toujours en matière publicitaire, l'infraction d'injure est constituée s'agissant d'une affiche – de 40 mètres de long sur 11 mètres de large, installée à Neuilly-sur-Seine – qui présentait, dans la disposition traditionnelle des personnages de la Cène, un groupe de jeunes femmes portant la ligne de vêtements à promouvoir. Dans un contexte commercial, la scène se révèle outrageante et injurieuse eu égard aux sentiments religieux et à la foi des croyants catholiques. Adoptant le point de vue des croyants, la Cour d'appel de Paris considère que « le caractère artistique et l'esthétisme recherchés dans ce visuel publicitaire n'empêchent pas celui-ci de constituer (...) un dévoiement caractérisé d'un acte fondateur de la religion chrétienne avec un élément de nudité racoleur, au mépris du caractère sacré de l'instant saisi »<sup>2</sup>. Le juge use plusieurs fois dans son argumentation des termes « dévoiement », « travestie », « parodique injurieuse » qui appartiennent au champ sémantique de l'abus. La protection objective de la liberté d'expression sous l'influence de la Cour EDH conduit toutefois, on l'a vu, à une appréciation plus stricte de la notion d'abus de droit<sup>3</sup>. *A contrario* d'une interprétation littérale des dispositions de la loi du 29 juillet 1881<sup>4</sup>, le juge fait preuve d'un certain pragmatisme, conformément à une contextualisation concrète et complexe des faits litigieux. La contrainte liée à la vision forcée est un élément prépondérant, tout comme le contexte de production, puisque l'interprète authentique sera bien moins sévère s'agissant de contenus filmiques ou littéraires, c'est-à-dire formellement artistiques. D'une part, le public n'est en aucun cas obligé

---

<sup>1</sup> TGI Paris, 23 oct. 1984, confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984 cité par T. Massis, « Respect des croyances, dignité et loi du 29 juillet 1881 », *Légipresse*, n° 197, 2002, pp. 172-173.

<sup>2</sup> CA Paris (14e ch. sect. B), 8 avril 2005, *Sté JC Decaux Publicité Lumineuse et Sté de droit italien GIP c/ Association Croyances et Libertés*.

<sup>3</sup> En l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la CA de Paris, puisqu'en retenant « ainsi l'existence d'un trouble manifestation illicite, quand la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse », la Cour d'appel a commis une erreur de droit (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 nov. 2006, n<sup>os</sup> 05-15822 et 05-16001). D'un point de vue procédural, et à l'aune d'une protection objective de la liberté d'expression, la Cour de cassation a reconnu, pour cette affaire, l'intérêt à agir de Ligue pour la défense des droits de l'homme et du citoyen en lui rendant inapplicable l'article 48-1 de la loi de 1881, et alors que cette association entendait défendre le principe de la liberté d'expression et non assister les victimes de discrimination fondée sur la religion.

<sup>4</sup> En ce qui concerne l'arrêt précité de la Cour de cassation, et au regard de l'énoncé prescriptif de l'infraction d'injure, il aurait suffi, pour le juge, d'apprécier l'effectivité du caractère outrageant du fait litigieux (E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Lexis Nexis, 2012, pp. 120 et s.).



d'aller voir ou de lire l'œuvre<sup>1</sup>, d'autre part, la liberté d'expression artistique est un principe essentiel des sociétés démocratiques. Dans ces conditions, et en vertu du discours de la fondamentalité dans son ensemble, le caractère blessant de l'œuvre pour une catégorie de la population ne suffit pas à caractériser un abus formel de la liberté d'expression<sup>2</sup>. Il est effectivement des impératifs interdiscursifs à préserver la liberté d'expression, notamment artistique. « L'art » a aussi pour but de susciter des réactions, fussent-elles de gêne, de colère ou de dégoût. La protection juridique de la liberté de création artistique bénéficiera d'une priorisation éthique et sociale au regard des valeurs objectives de la société démocratique telles qu'elles sont véhiculées par le discours de la fondamentalité. La contextualisation pragmatique, sous l'égide conceptuelle de l'abus de droit, intègre l'exigence d'utilité sociale dans l'appréciation du fait litigieux<sup>3</sup>. Elle intègre également, comme une autre exigence objective, l'entente entre les membres de la communauté de droit. De ce point de vue, la notion d'abus permet une restriction propre à la relation intersubjective et explicite sur ses fondements, alors même que la rhétorique de la protection des droits d'autrui est parfois ambiguë, eu égard notamment au caractère fictif des bénéficiaires allégués. L'abus de droit est d'autant plus indispensable en matière de liberté d'expression qu'il permet au juge de « qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer *a priori* de façon exhaustive »<sup>4</sup>.

**361.** *In fine*, cette notion introduit une certaine souplesse dans les raisons juridiques et favorise une argumentation pratique au plus près des problématiques interdiscursives et intersubjectives soulevées par les faits litigieux. Elle met en œuvre *la philosophie* de la fondamentalité et présente, à ce titre, les atours d'un principe général du droit. De surcroît, l'écho de son application retentit au sein de la communauté d'interprétation dans son ensemble, au-delà du prononcé de la norme concrète.

---

<sup>1</sup> TGI Paris, ord. réf. 28 janv. 1985 à propos du film « Je vous salue, Marie » de Jean Luc Godard.

<sup>2</sup> Dès lors que, évidemment, « dans sa finalité ou son expression, l'œuvre ne constitue pas une apologie de crimes ou délits sanctionnés par la loi pénale ou une provocation à en commettre » (Cass. Crim., 21 juil. 1987, n° 85-15044).

<sup>3</sup> L'œuvre artistique peut se permettre des choses que la publicité ne peut pas, parce qu'elle est plus utile à la société démocratique. « Although the Commission is not of the opinion that commercial "speech" as such is outside the protection conferred by Article 10 (1), it considers that the level of protection must be less than that accorded to the expression of "political" ideas, in the broadest sense, *with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the Convention are chiefly concerned* » (Commission EDH, 5 mai 1979, *X. and Church of Scientology c/Sweden*, n° 7805/77, nous soulignons).

<sup>4</sup> Cass. Crim., 16 avril 2013, n° 13-90.010.

## B. La portée normative de la notion de l'abus de droit fondamental

**362.** Il est vrai que la contextualisation pragmatique au sein de l'activité normative concrète n'est pas propre au concept de l'abus de droit. Elle est en réalité inhérente au contrôle concret lui-même et, généralement, à l'application du discours de la fondamentalité. Certes, également, une étude sur l'abus de droit met en lumière, peut-être exagérément, les vertus d'une conception pragmatique de l'acte de juger<sup>1</sup>. Mais enfin, le concept de l'abus de droit fondamental a une fonction juridique propre qu'il est utile de rendre explicite, dans certaines situations, par l'évocation de la notion. Effectivement, la contextualisation mise en œuvre par l'abus porte *sur la validité de l'usage en tant que tel*. Elle a pour objet *la manière* dont le droit est utilisé afin de déterminer la signification de cet usage en droit. De ce point de vue, la Cour EDH nous semble commettre une erreur, tant sur le plan normatif que cognitif, lorsqu'elle refuse d'utiliser la notion de l'abus de droit fondamental en matière de discours de haine sur l'orientation sexuelle. Alors que cette discrimination est évidemment de même nature que celles fondées sur l'origine, la religion ou la couleur de peau, la Cour a seulement conclu à la non-violation de l'article 10 dans une affaire où les requérants avaient distribué et collé sur les casiers d'élèves d'un lycée, des tracts présentant l'homosexualité comme une « propension à la déviance sexuelle », ayant un « effet moralement destructeur sur les fondements de la société » et comme étant à l'origine de l'extension du sida<sup>2</sup>. S'agissant de tels discours de haine – une qualification juridique pourtant théorisée par la Cour<sup>3</sup> – le juge européen des droits de l'homme doit transmettre un message fort. Ces propos ne sont pas que de simples agressions verbales, ils créent un véritable climat antidémocratique : « where nothing is unspeakable, nothing is undoable »<sup>4</sup>. L'opinion concordante des juges Yudkivska et Villiger sous l'arrêt est tout à fait pertinente de ce point de vue, les propos en cause ne relèvent pas de la protection du droit fondamental à la liberté d'expression<sup>5</sup>. Ils n'ont rien à voir avec le discours de la fondamentalité

---

<sup>1</sup> O. De Schutter, F. Tulkens, « The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », dans *Conflicts Between Fundamental Rights* E. Brems (ed.), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 169-216.

<sup>2</sup> Cour EDH, 9 mai 2020, *Vejdeland et a. c/Sweden*, n° 1813/07.

<sup>3</sup> Cour EDH [Press Unit], « Discours de haine », *Fiche thématique* [en ligne], sept. 2020.

<sup>4</sup> « In the words of the prominent US constitutionalist Alexander Bickel: "... This sort of speech constitutes an assault. More, and equally important, it may create a climate, an environment in which conduct and actions that were not possible before become possible... Where nothing is unspeakable, nothing is undoable » (*Opinion concordante des juges Yudkivska et Villiger* sous l'arrêt *Vejdeland et a. c/Sweden*, § 12).

<sup>5</sup> « In the case of *Norwood v. the United Kingdom* (...) the Court found that "a general, vehement attack against a ... group, linking the group as a whole with a grave act of terrorism, is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination" and thus fell outside

au regard de ses règles constitutives. La notion de l'abus de droit était ici indispensable pour disqualifier l'usage en tant que tel, et exclure avec autorité ces propos de la sphère de la fondamentalité. Ce n'est que dans un second temps, si l'usage est valide en tant que droit fondamental, que le concept formel de proportionnalité contextualise l'exercice de ce droit eu égard à des considérations d'ordre public au sens large, ainsi qu'à l'aune de l'exercice potentiellement antinomique d'autres droits subjectifs. Il s'agit, pourrait-on dire, d'une contextualisation de second niveau, qui délaisse un tant soit peu le fait brut, pour s'intéresser aux ingérences admissibles au regard du concept de liberté en question. En tout état de cause, à ce second niveau, il est admis que le discours de la fondamentalité est applicable. Il peut alors être puisé au sein de cet ordre discursif les normes exigibles, les représentations sociales structurantes, les valeurs objectives promulguées, et bien sûr, la connaissance établie à propos de ces normes et de ces représentations, dans le but, entre autres, de nourrir de nouvelles interprétations dans la pensée du droit et de nouvelles facultés d'action dans le monde social.

**363.** Il devient alors primordial de distinguer concrètement, et pragmatiquement, ce qui relève de la fondamentalité de ce qui n'en relève pas. En ce sens, la *notion de l'abus de droit fondamental disqualifie l'usage pour lui-même, et indique, de manière normative dans le langage de l'interprète authentique, que le discours de la fondamentalité n'est pas applicable à la situation litigieuse*. Cette logique juridique a été assimilée par la Cour EDH à l'établissement d'un seuil de gravité des faits litigieux. Elle considère ainsi que la notion de l'abus de droit fondamental « ne trouve à s'appliquer qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes »<sup>1</sup>. Le seuil d'applicabilité est élevé<sup>2</sup>, et requiert qu'il soit « tout à fait clair que le requérant [ait] cherché à invoquer la Convention de manière à se livrer à une activité ou à commettre des actes qui sont manifestement contraires aux valeurs de la Convention et qui visent à la destruction des droits et libertés qui y sont consacrés »<sup>3</sup>. En plus de ce seuil de gravité dans l'usage, la Cour EDH introduit dans son raisonnement une seconde lecture restrictive de la notion de l'abus de droit, qui concerne la gravité de la restriction aux droits impliquée ainsi que la nature du droit invoqué. Elle se montre ainsi réticente à appliquer l'article 17 directement

---

the protection of Article 10. Linking the whole group in the present case to the “plague of the twentieth century” should not be granted the protection of Article 10 either » (*ibid.*, § 10).

<sup>1</sup> Cour EDH [GC], 6 janv. 2011, *Paksas c/Lituanie*, n° 34932/04, § 87.

<sup>2</sup> Cour EDH, 12 mai 2020, *Lilliendhal c/Islande* (déc.), n° 29297/18, § 26.

<sup>3</sup> Cour EDH, *Perinçek c/Suisse*, préc., §§ 114-115.

lorsque la restriction des droits du requérant présente une gravité considérable<sup>1</sup> ou lorsque le droit invoqué à l'appui des faits litigieux appelle un niveau élevé de protection<sup>2</sup>. Cette modalité d'utilisation de la notion de l'abus de droit nous paraît faire l'erreur d'impliquer des considérations du contrôle de proportionnalité formel – qui prend normalement pour point de départ l'usage valide d'un droit – au stade de l'appréciation de la validité elle-même. Autrement dit, la Cour se penche sur la question de la validité des restrictions au droit sans avoir clairement, et préalablement, statué sur celle de savoir s'il y avait effectivement exercice d'un droit fondamental. Cet écueil dans la jurisprudence européenne est aussi lié à la tendance que peut avoir la Cour à dissoudre le concept de droit subjectif dans l'intérêt social pratique<sup>3</sup>. Or, il est essentiel, afin de maîtriser la signification des droits fondamentaux, de savoir si le fait litigieux peut *effectivement* prétendre à l'application du discours de la fundamentalité. Dans un second temps seulement, lorsqu'il est acquis que l'on a affaire à un droit fondamental, la question de la protection juridique spéciale peut se poser. L'hypothèse défendue ici est que l'interprète authentique aurait tout intérêt à abandonner ces lectures restrictives et alogiques de l'abus de droit fondamental, pour utiliser, au contraire, plus clairement et plus généralement cette notion dans son propre discours. Cela lui permettrait de désigner formellement le caractère non valide d'un certain type de fait social qui se revendique d'un droit fondamental. Schématiquement, il s'agit d'exposer clairement dans le langage juridique que dans des conditions « *c* », un fait « *f* » aux propriétés « *p* » ne *constitue pas* un droit fondamental « DF ». De sorte que si *f a p* dans *c* alors *f n'est pas DF*.

**364.** Reprenons l'exemple de l'affaire *Leroy c/France* pour rendre ceci plus concret. Pour rappel, dans cette affaire, la Cour EDH n'a pas utilisé la notion de l'abus de droit fondamental, mais a considéré que la restriction dans la liberté d'expression du requérant était nécessaire dans une société démocratique, donc valide. Les juridictions nationales l'avaient effectivement reconnu coupable du délit d'apologie de terrorisme pour son dessin représentant l'attentat du World Trade Center, avec comme légende : « Nous en avons tous rêvé... le Hamas

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Vona c/Hongrie*, préc., § 36. S'agissant de la dissolution d'une association qui organisait des manifestations et des rassemblements où les militants défilaient en formation militaire, vêtus d'uniformes militaires, exécutant des saluts caractéristiques rappelant le mouvement nazi hongrois responsable de l'extermination en masse des Roms en Hongrie. Au regard de la gravité de la sanction – la dissolution d'une association – la Cour n'a pas utilisé l'article 17 dans cette affaire, mais a conclu à la non-violation de l'article 11.

<sup>2</sup> Cour EDH, *Pastörs c/Allemagne*, préc., § 39.

<sup>3</sup> Cour EDH, *Libert c/France*, préc. La Cour ne rattache pas formellement les prérogatives de l'employeur à un droit conventionnel, et évoque seulement l'intérêt légitime qu'il a à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

l'a fait ». Alors que la Cour s'est appesantie sur l'usage que le requérant avait fait de sa liberté<sup>1</sup>, et sans préjuger de l'opportunité d'une telle résolution normative, il nous semble qu'elle aurait pu considérer qu'une caricature, certes par essence provocatrice, mais qui incite à la violence à caractère terroriste lorsqu'elle est publiée dans ce contexte, ne relève pas de la liberté d'expression. Simplement, de deux choses l'une. Soit la Cour EDH, comme elle l'a fait dans cette affaire, privilégie le contrôle de proportionnalité afin de souligner que la caricature est un mode d'expression objectivement protégé par la Convention, mais qu'en l'espèce et au regard de l'usage qui en a été fait, cette liberté est opportunément restreinte par l'autorité publique. Le requérant est condamné du chef de complicité d'apologie de terrorisme à une amende pénale. En tout état de cause, il ne reçoit pas la protection du droit fondamental à la liberté d'expression. Sinon, pour le même résultat normatif concret, la Cour aurait pu stigmatiser le comportement du requérant et, tout en rappelant le rôle déterminant de la liberté d'expression artistique dans une société démocratique, spécifier que ce comportement-là n'est pas admissible au regard du discours de la fundamentalité dans son ensemble. Elle aurait pu *affirmer qu'un tel comportement n'est pas un usage de la liberté d'expression. Ab initio*, le fait en cause est exclu du champ matériel d'application d'un droit fondamental. Le raisonnement est transposable à l'affaire également évoquée *K.A et A.D c/Belgique*. Là encore, la Cour EDH aurait pu rappeler l'importance de la liberté sexuelle attachée à la notion d'autonomie personnelle, tout en affirmant simplement, avec autorité et sans détour, que lorsqu'une femme, suspendue par les pieds, se voit, entre autres, planter des aiguilles dans les seins, les mamelons, le ventre et le vagin, qu'elle crie pitié en pleurant, signe évident qu'elle n'est plus consentante, mais qu'elle continue pourtant de subir coups de fouet, cire brûlante sur la vulve et aiguille dans les lèvres vulvaires, ces pratiques ne relèvent pas de la liberté sexuelle telle que protégée par la Convention. Le message délivré du point de vue de la connaissance du discours de la fundamentalité est alors sensiblement différent. Il ne s'agit plus de restreindre opportunément une liberté, mais de dire qu'en pareil comportement, il ne peut y avoir de liberté. À tout le moins, de liberté juridiquement conçue. À travers la notion de l'abus de droit, le discours de la fundamentalité éclaire sa propre signification. De manière générale, une telle valorisation de la connaissance du discours juridique en application doit rendre plus performante l'activité normative postérieure<sup>2</sup>. En l'occurrence, les destinataires des normes juridiques, ainsi que tous

---

<sup>1</sup> *Supra*. § 312.

<sup>2</sup> On l'a dit, la Cour EDH reconnaît régulièrement l'importance de la dimension cognitive dans l'activité normative. Elle a notamment soutenu que « la décision du législateur d'opter pour une règle claire ou « d'application stricte » (« bright-line rule ») – *qui avait pour double objectif de favoriser la sécurité juridique et de préserver la confiance*

les interprètes du discours de la fundamentalité, auraient eu une connaissance facilitée de ce qui relève, ou non, de la liberté d'expression ou de la liberté sexuelle selon l'interprète privilégié de la Convention EDH.

**365.** En se positionnant ainsi sur le plan de la signification du droit fondamental impliqué, la notion de l'abus protège le discours de la fundamentalité dans son ensemble. Ceux qui sont confrontés à l'usage abusif bien sûr, mais aussi la totalité des bénéficiaires du droit en question, dont les pratiques valides ne doivent pas être assimilées aux actes abusifs. *Abusus non tollit usum* [l'abus n'empêche pas l'usage]. Dès lors, et contrairement à ce qu'il a pu être hâtivement avancé, l'abus de droit n'est pas une « théorie critique des droits subjectifs »<sup>1</sup>, mais plutôt une théorie curative. L'intérêt normatif à distinguer ce que sont *réellement* les droits fondamentaux, de ce qu'ils ne sont pas, fonde l'apparence autoritaire que peut revêtir la notion de l'abus de droit fondamental.

## § 2. La notion de l'abus de droit, une référence autoritaire dans le langage de la fundamentalité

**366.** Il est peu dire qu'en matière de droits fondamentaux, le phénomène d'autorité est reçu avec une méfiance structurelle. L'appréhension instinctive, mais aussi essentielle, de la liberté la confronte justement à l'autorité, au pouvoir de contrainte public comme privé. De ce point de vue, il n'est pas anodin que la notion de l'abus de droit soit utilisée avec parcimonie, tant elle inscrit le phénomène autoritaire au cœur du langage de la fundamentalité. Ce marqueur catégorique peut alors être ambivalent, aussi bien garant de l'intégrité de la fundamentalité (A) que son potentiel fossoyeur (B).

---

*que le droit devait inspirer à l'opinion dans un domaine sensible – s'appuyait sur des considérations d'ordre public impérieuses* » (Cour EDH [GC], 10 avril 2007, *Evans c/Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 60, nous soulignons).

<sup>1</sup> P.-E. Moyses, « L'abus de droit : l'anténorme. Partie 1 », *Revue de droit de McGill* (vol. 57), 2012, pp. 867-868.

## A. La notion de l'abus de droit ou l'autorité au service de la fundamentalité

**367.** L'utilisation de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux est incontestablement un signe d'autorité. La notion délivre un message normatif sans équivoque dans le langage de la fundamentalité<sup>1</sup>, qui se concrétise, d'un point de vue procédural, par le fameux « effet guillotine »<sup>2</sup>. On le sait, l'usage par la Cour EDH de la *notion* de l'abus de droit met fin au litige, en principe, dès le stade de la recevabilité. Le fait social accompli par le destinataire des normes est considéré *ab initio* comme non constitutif du droit fondamental invoqué. Par suite, la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. La doctrine spécialisée n'a pas manqué de relever l'importance d'un tel autoritarisme procédural, et d'utiliser l'image du glaive pour rendre la justice<sup>3</sup>. R. von Jhering disait à cet égard : « l'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit. L'une ne peut aller sans l'autre, et il n'y a d'ordre juridique parfait que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance »<sup>4</sup>.

**368.** Lorsque, par exemple, un requérant préconise comme politique que toute personne qui n'est pas de race blanche quitte le territoire néerlandais<sup>5</sup>, la notion de l'abus de droit exclut avec autorité et sans détour cette idéologie de haine du discours de la fundamentalité<sup>6</sup>. *Ce sont*

---

<sup>1</sup> Dans « les cas où l'histoire de l'Europe exige que l'on stigmatise certains thèmes pour les interdire de façon permanente, alors il faut pour le moins le faire sans la moindre équivoque et de façon restrictive » (*Opinion dissidente du juge A. Sajó avec les juges V. Zagrebelsky et N. Tstotsoria* sous l'arrêt Cour EDH, 16 juil. 2009, *Féret c/Belgique*, n° 15615/07).

<sup>2</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », préc., p. 541.

<sup>3</sup> Le « message adressé par le juge européen aux liberticides de toutes espèces aurait tout à gagner, en terme de clarté, de pédagogie, et donc de dissuasion, à être délivré de façon abrupte par le glaive de la déchéance de protection conventionnelle pure et simple, plutôt qu'à être dilué et obscurci dans la casuistique du droit commun, de ses (trop) subtiles balances des intérêts contextualisés, et de ses distinguos pas toujours convaincants » (S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », préc., p. 565, réf. à R. De Gouttes, « À propos de conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 258-259). Pour un autre auteur, la Cour EDH « devrait se servir plus du glaive de la justice que de la balance. Il y a des nœuds qui à défaut d'être déliés doivent être tranchés » (P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011, p. 474).

<sup>4</sup> R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, préc., p. 2.

<sup>5</sup> Commission EDH, *Glimmerveen et a. c/Pays-Bas* (déc.), préc.

<sup>6</sup> Cour EDH, *Pastörs c/Allemagne*, préc., § 47 : « While interferences with the right to freedom of expression call for the closest scrutiny when they concern statements made by elected representatives in Parliament, utterances in such scenarios deserves little, if any, protection if their content is at odds with the democratic values of the Convention system ».

*là deux langages distincts*, si bien que le propos litigieux ne peut revendiquer ni la protection du discours de la fundamentalité, ni même *son invocation*. En ce sens, certes de manière exceptionnelle, la Cour EDH a pu considérer que le requérant avait abusé de son droit au recours individuel lui-même<sup>1</sup>. Cette aptitude discursive de l'abus de droit à distinguer les discours préserve autant l'intégrité de la fundamentalité que *l'identité d'un régime démocratique*. Lorsqu'un requérant nie l'existence des chambres à gaz, non seulement, d'un point de vue juridique, il se rend coupable de l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les juifs et d'incitation à la haine à leur égard<sup>2</sup>, mais plus généralement, il nie une réalité historique clairement établie. Autrement dit, la négation de l'Holocauste ne porte pas sur des opinions, mais sur des faits. C'est la raison pour laquelle, dans l'affaire évoquée *Perinçek c/Suisse*, lorsque le requérant ni les massacres et déportations massives subis par les Arméniens, la Cour EDH commet une erreur, tant du point de vue de la fundamentalité que d'un point de vue démocratique, à ne pas utiliser la notion de l'abus de droit. Car, au sein du phénomène juridique, discours structurel de la société démocratique et garant de ses règles constitutives, l'abus de droit énonce avec autorité cette distinction épistémologique fondamentale entre fait et opinion, vérité et contre-vérité, histoire et négationnisme, afin de préserver la possibilité même d'une pratique sincèrement délibérative.

**369.** Il revient parfois au droit de savoir mettre fin au débat, et la notion de l'abus de droit détient cette faculté discursive. En prenant appui sur les fondements de l'ordre juridique, qui sont aussi les finalités du droit en tant que discours normatif, la notion de l'abus de droit fondamental combine les dispositions déontologiques et conséquentialistes au sein de l'argumentation de l'interprète authentique. Au terme d'une contextualisation complexe, elle se prononce aussi bien du point de vue des valeurs objectives de la fundamentalité<sup>3</sup> que des conséquences sociales du fait litigieux<sup>4</sup>. En France, selon la Cour de cassation et le Conseil

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Koch c/Pologne* (déc.), préc., § 32 : « The Court (...) considers that the way in which the applicant has attempted to vindicate his Article 8 of the Convention rights at the domestic level blatantly violated the rights and the values protected by the Convention. Consequently, in the exceptional circumstances of the present case, and having regard to Article 17 of the Convention, the Court is of the opinion that, by invoking Article 8 before it on the basis of evidence obtained in violation of other people's Convention rights, the applicant has abused his right of individual petition ».

<sup>2</sup> Cour EDH, *Garaudy c/France* (déc.), préc.

<sup>3</sup> Cour EDH [GC], *Paksas c/Lituanie*, préc., § 88 : « un propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention se voit soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 ».

<sup>4</sup> La Cour EDH a appliqué la notion de l'abus de droit fondamental en raison du fait, notamment, que la société requérante avait diffusé auprès d'un large public dans des programmes de télévision des opinions favorables à des actes terroristes (17 avril 2018, *Roj TV A/S c/Danemark* (déc.), n° 24683/14). De manière générale, la Cour



constitutionnel, l'outrage à personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique, qui porte atteinte à la dignité des fonctions ainsi exercées et au respect qui leur est dû, ne relève pas du champ de l'article 10 § 1 de la Convention EDH<sup>1</sup>. Autrement dit, de tels propos outrageants ne consistent même pas en l'exercice de la liberté d'expression. La notion de l'abus de droit est utilisée par l'interprète authentique afin de maîtriser les représentations interdiscursives que les droits fondamentaux véhiculent. Ce faisant, elle préserve, au sein de l'activité normative pratique et sur le plan de la signification des droits, l'intégrité du discours de la fundamentalité et de l'ordre juridique dans son ensemble. En effet, au-delà de la protection concrète des droits impliqués, les interprètes authentiques du discours de la fundamentalité doivent préserver un environnement propice au déploiement social de l'ensemble des droits fondamentaux. Une « responsabilité écologique » selon la formule d'un juge à la Cour EDH<sup>2</sup>. Dès lors, au sein d'un ordre juridique libéral, la notion autoritaire de l'abus de droit manie la contrainte pour aménager les modalités d'exercice de la liberté. Encore faut-il, bien sûr, que cet état d'esprit libéral qui structure le discours de la fundamentalité gouverne également l'usage de la notion.

### *B. La notion de l'abus de droit ou l'autorité au mépris de la fundamentalité*

**370.** L'hypothèse jusque-là défendue est que les interprètes authentiques auraient tout intérêt à recourir plus largement à la notion de l'abus de droit fondamental. Néanmoins, il faut reconnaître que s'ils ne le font pas, c'est pour de bonnes raisons. Les aptitudes discursives de la notion de l'abus de droit sont, au mauvais usage, ses défauts les plus préoccupants. Il ne faudrait pas que cette notion catégorique au fondement autonome se réduise en un simple argument d'autorité<sup>3</sup>, qui dévaloriserait l'argumentation juridique et favoriserait les procédures expéditives. Si l'abus ne devait être constaté que sur le registre de l'évidence et de la désinvolture, il n'y aurait plus cette logique qui forme l'identité du droit<sup>4</sup>, cette dialectique

---

« attache une importance particulière au support utilisé et au contexte dans lequel les propos incriminés ont été diffusés (...), et par conséquent à leur impact potentiel sur l'ordre public et la cohésion du groupe social » (16 juil. 2009, *Féret c/Belgique*, préc., § 76).

<sup>1</sup> CC, 9 avril 2021, n° 2021-896 QPC ; Cass. Crim., 29 mars 2017, n° 16-80637.

<sup>2</sup> D. Evrigenis, « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », *HRLJ*, 1982, pp. 121 cité par S. Van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme », préc., p. 362.

<sup>3</sup> J.-F. Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1992, p. 461.

<sup>4</sup> B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, préc., pp. 258 et s.

complexe qui préside à la restriction valide de la liberté. Tout dépend alors de l'autorité qui manipule la logique conceptuelle de l'abus en dernier ressort, et qui contrôle « l'abus de l'abus »<sup>1</sup>. Si le concept de l'abus de droit est une police de la signification, il convient à la fin de se tourner, dans le système institutionnel comme dans l'univers du discours, vers l'interprète en charge de la « police des polices ».

**371.** En matière de liberté d'expression, le législateur peut instituer *a priori* des dispositions destinées à sanctionner les abus qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Ces restrictions à la liberté d'expression doivent naturellement être nécessaires, adaptées et proportionnées. Par exemple, la diffusion d'images pédopornographiques<sup>2</sup> et la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes<sup>3</sup> constituent, à travers l'infraction pénale, des abus formalisés de la liberté d'expression. Les hébergeurs et éditeurs d'un service de communication en ligne, eu égard à leur influence sur le débat public et en tant qu'ils disposent d'un *pouvoir privé* de régulation<sup>4</sup>, doivent pouvoir être soumis à l'obligation de retirer de tels abus, sous peine de sanction pénale<sup>5</sup>. Seulement, la notion de l'abus de droit en matière de liberté d'expression est à manier avec une particulière précaution, et la détermination du caractère abusif du fait litigieux ne peut uniquement échoir à l'administration<sup>6</sup>. Aux fins de préserver l'intégrité de la liberté d'expression et éviter tout « abus de l'abus », le juge ménage son rôle d'interprète privilégié des abus de droit<sup>7</sup>. Ce n'est pas sans rappeler la façon dont le délit de négationnisme a été considérablement élargi et concerne, depuis 2017<sup>8</sup>, les propos minorant ou banalisant de façon outrancière les crimes de génocide,

---

<sup>1</sup> La Cour EDH qui est elle-même régulièrement accusée d'abus de droit, au sein de discours politiques et militants, mais aussi par une partie de la doctrine spécialisée (cf. not. à propos de l'arrêt du 6 fév. 2005, *K.A et A.D c/Belgique* : M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J.-P. Marguénaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 3-58).

<sup>2</sup> Art. 227-23 du Code pénal.

<sup>3</sup> Art. 421-2-5 du Code pénal.

<sup>4</sup> A. Jr. Golia, R. Behring, « Private (Transnational) Power without Authority – Online fascist propaganda and political participation in *CasaPound v. Facebook* », *Verfassungsblog*, 12 fév. 2020 cité par P. Auriel, M. Unger, « La modération par les plateformes porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ? Réflexions à partir des approches états-uniennes (*Zhang v. Baibu.com*, 2014) et italienne (*Casapound c/Facebook*, 2019) », *RDLF* [en ligne], 2020, n° 80.

<sup>5</sup> CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC, §§ 6 et 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, §§ 7 et 14.

<sup>7</sup> Le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu le rôle prépondérant du juge pour contrôler des éventuels abus de droit en matière de rupture d'un contrat de premier embauche (CC, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, § 25).

<sup>8</sup> Art. 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 préc. Alors même que, selon le Conseil constitutionnel, « la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de ces crimes ne peuvent, de manière générale, être réputées constituer par elles-mêmes un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers » (26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, § 194).

les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les crimes de réduction en esclavage *dès lors que ceux-ci ont donné lieu à une condamnation par une juridiction nationale ou internationale*. Il n'en fallait pas plus pour que certains auteurs s'inquiètent de voir en l'abus de droit l'instrument privilégié de délivrance, par le juge, d'une forme de vérité légale<sup>1</sup>. Cette lecture est un peu radicale, et comme l'a bien vu Y. Thomas, le problème en ces termes est mal posé :

« La loi n'a pas pour objet la vérité même du fait, mais l'acte verbal de sa négation. Elle ne rétablit pas une vérité, mais incrimine un acte de parole qui emprunte le mode détourné du constatif pour agir contre autrui. Cette difficulté à tenir séparés deux registres, à ne pas confondre la question de fait (l'existence des chambres à gaz) avec la question de droit (leur négation qualifiable, non directement au plan de la vérité, mais indirectement, à travers un acte de parole dirigé contre des personnes) est une des brèches par lesquelles peut s'introduire un mélange des rôles »<sup>2</sup>.

Le propre d'un ordre discursif, tel que la fundamentalité, est de livrer à l'espace délibératif inhérent à la communauté de discours les choix opérés, les valeurs privilégiées, les faits sur lesquels peut se bâtir une discussion rationnelle, grâce à un ordre de connaissance qui fait des fondements de la norme un objet réflexif et des moyens normatifs une méthode constamment en train de se corriger, en vertu, nécessairement, d'une conception juridique et démocratique de la vérité.

**372.** Seulement, à l'évidence, la notion de l'abus de droit conserverait ses aptitudes normatives dans le langage de l'interprète liberticide qui instrumentalise le discours de la fundamentalité. L'interprète authentique, tant d'un point de vue juridique formel que matériel, peut alors être tenté d'utiliser avec parcimonie, voire pas du tout, la notion de l'abus de droit ; et ainsi éviter d'offrir à l'interprète inauthentique des rhétoriques liberticides « prêtes à l'emploi ». La rédaction paradoxale des sources textuelles régionales et internationales relatives à la notion de l'abus de droit illustre la préoccupation d'en limiter la portée<sup>3</sup>. Les travaux qui leur ont présidé témoignent également des réticences devant le potentiel autoritaire de la

---

<sup>1</sup> M. Rébérioux, « Contre la loi Gayssot », *Le Monde*, 21 mai 1994 ; B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Paris, LGDJ, pp. 374-379 ; cf. égal. T. Hochmann, P. Kasparian (dir.), *L'extension du délit de négationnisme*, Institut Universitaire Varenne, 2019, 150 p.

<sup>2</sup> Y. Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, préc., p. 24.

<sup>3</sup> *Supra*. §§ 154 et s.

notion<sup>1</sup>. En outre, la circulation des motivations, des concepts et des raisonnements est une donnée essentielle qui oriente et contraint l'argumentation juridictionnelle, particulièrement en matière de droits fondamentaux. S'agissant de l'abus de droit, la prudence du juge s'avère légitime au regard de la tentation des États, y compris au sein de l'ordre juridique de la Convention EDH, de recourir abusivement à la notion en tant qu'instrument supplémentaire de restriction valide aux libertés<sup>2</sup> ou en tant que moyen d'opposition à la recevabilité du recours<sup>3</sup>. Il n'y a rien d'original à constater que certains États parties à la Convention, selon des niveaux et des degrés différents, brouillent effectivement les frontières du libéralisme et de la démocratie, et plus loin le lien entre les deux. En quelques endroits de l'ordre juridique conventionnel, « la démocratie libérale est en train de se décomposer en ses différents éléments, donnant ainsi naissance à une démocratie antilibérale d'un côté et à un libéralisme antidémocratique de l'autre »<sup>4</sup>. L'antilibéralisme démocratique est connu, il se caractérise par

---

<sup>1</sup> Entre autres M. Nally, qui considérait que le principe de l'abus de droit « ne pourrait être appliqué qu'au moyen d'un appareil extrêmement coûteux et d'un maniement délicat, et sa mise en œuvre servirait autant les ennemis de la démocratie que ses amis » (*Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., Rec., I, p. 216).

<sup>2</sup> Les États parties brandissent régulièrement l'article 17 comme motif de restriction aux libertés prévues par le texte conventionnel, notamment pour justifier des dissolutions, jugées abusives par la Cour EDH, d'associations ou de partis politiques (cf. not. Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et a/Turquie*, préc. ; *Parti socialiste et a. c/Turquie*, préc. ; *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c/Turquie*, préc. ; 10 juil. 1998, *Sidiropoulos et a. c/Grèce*, n° 57/1997 ; 15 avril 2009, *Association de citoyens Radko et Paunkovski c/L'ex-République Yougoslave de Macédoine*, n° 74651/01). De même, s'agissant de l'ordre juridique de l'Union européenne, la notion d'abus de droit prévue à l'article 35 de la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres a pu être évoquée « de manière abusive » par les États membres comme motif supplémentaire de restriction à la liberté fondamentale de circulation et de séjour (CJCE, 25 juil. 2008, *Metock et a. c/Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08).

<sup>3</sup> Devant la propension des États à arguer d'un abus du droit au recours individuel (art. 35 § 3 a)), la Cour EDH interprète de manière restrictive le caractère abusif des requêtes individuelles, considérant « que la mise en œuvre de cette disposition est une “mesure procédurale exceptionnelle”, et que la notion d’ “abus” doit être comprise dans son sens ordinaire, à savoir, le fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité d'une manière préjudiciable (...). Sur ce dernier point, la Cour a précisé que le “comportement abusif” du requérant qu'elle exige doit non seulement être *manifestement contraire à la vocation du droit au recours* mais aussi entraver le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle » (*S.A.S c/France*, préc., § 66, *nous soulignons*). À ce jour, elle utilise la notion de l'abus de droit au recours dans quatre cas de figure (15 déc. 2009, *Miroļubovs et a. c/Lettonie*, préc., §§ 62-66). Premièrement, s'agissant de requêtes qui se fondent délibérément sur des faits controvés en vue de la tromper (5 oct. 2000, *Varbanov c/Bulgarie*, préc., § 36). Deuxièmement, dans des cas où le requérant utilise, dans sa communication avec la Cour, des expressions particulièrement vexatoires, outrageantes, menaçantes ou provocatrices (18 mai 2004, *Řehák c/République tchèque* (déc.), préc.). Troisièmement, lorsque le requérant a méconnu intentionnellement la confidentialité des négociations relatives au règlement amiable (25 sept. 2007, *Hadrabová et a. c/République tchèque* (déc.), n°s 42165/02 et 466/03). Quatrièmement, dans les cas de requérants qui ont multiplié des requêtes chicanières et manifestement mal fondées, analogues à leur requête déjà déclarée irrecevable dans le passé (13 nov. 2012, *Anibal Vieira & Filhos LDA et Maria Rosa Ferreira da Costa LDA c/Portugal* (déc.), n°s 980/12 et 28385/12).

<sup>4</sup> Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, 2018 cité par B. Stirn, *Les libertés en questions*, préc., p. 6.

la concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif, le règne d'une majorité électorale au mépris des autres composantes de la société, l'affaiblissement de l'institution judiciaire ou encore les attaques répétées contre les médias ou les organisations de défense des droits de l'homme<sup>1</sup>. L'utilisation potentiellement abusive de l'abus de droit n'est toutefois pas l'apanage des régimes à tendance autoritaire<sup>2</sup>. Elle est une tentation pour tout régime politique, par facilité, généralité ou selon l'éternelle *raison d'État*<sup>3</sup>. « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté », avancent les défenseurs de l'abus de droit, un poncif qui peut justifier tous les despotismes<sup>4</sup>. C'est la raison pour laquelle, l'article 17 de la Convention EDH ne saurait être interprété *a contrario* comme privant une personne physique de ses droits fondamentaux garantis en ces articles 5, 6 et 7<sup>5</sup>, qui sont autant d'exigences objectives du discours de la fundamentalité dans une société démocratique<sup>6</sup>. De même, selon le juge européen des droits de l'homme, la sanction mal nommée de la « déchéance » ne vise que les actes abusifs, mais n'ôte en aucune façon la protection générale conférée par les droits en cause<sup>7</sup>.

**373.** L'utilisation parcimonieuse de l'abus de droit a donc une raison de stratégie discursive assez évidente. En tant qu'instrument autonome et autoritaire de préservation de l'ordre juridique, la notion pourrait être utilisée à des fins liberticides de fort degré et de large application. Le libéralisme politique comme infrastructure du discours de la fundamentalité suppose, outre que la liberté est la règle et sa restriction l'exception, que les atteintes nécessaires aux libertés soient justement définies, précises et stables. L'interdiction doit être connue pour pouvoir être anticipée, et la sanction de sa violation doit être prévisible. De prime abord, l'abus

---

<sup>1</sup> « Éditorial », *Le Monde*, 14 juin 2021.

<sup>2</sup> Ainsi, L. Eck rappelle que l'article 103 de la Constitution du Pérou énonçant que « la Constitution ne protège pas l'abus de droit » a été introduit en 1993 par le régime autoritaire de Fujimori ou encore que l'article 12 de la Constitution serbe du 28 septembre 1990 prévoyait que « l'abus des libertés et des droits de l'homme et du citoyen est contre-constitutionnel et punissable selon les modalités prévues par la loi », une disposition introduite sous le régime nationaliste de Slobodan Milosevic. Ce qui fera dire à S. Diaz Ricci que l'abus de droit en matière constitutionnelle est une catégorie dangereuse (« El abuso del derecho en materia constitucional. Una categoría peligrosa », *Revista Peruana de derecho publico*, n° 6, 2003, p. 11 cité dans *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préc., p. 541).

<sup>3</sup> « Derrière l'État, comme une tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'État, fût-il démocratique, il y a toujours la tentation de la raison d'État » (P.-H. Teitgen, « La sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales », discours du 19 août 1949, cité par L. Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme*, préc., p. 14).

<sup>4</sup> Comme le pensait déjà R. Aron (*Essai sur les libertés*, préc., p. 17) à propos de la célèbre formule de L.A. de Saint-Just.

<sup>5</sup> Cour EDH, *Varela Geis c/Espagne*, préc., § 40.

<sup>6</sup> *Supra*. § 223.

<sup>7</sup> Commission EDH, *Lawless c/Irlande*, préc.

de droit, en tant que notion autonome qui se positionne du point de vue de certaines valeurs privilégiées, paraît constituer l'instrument typique de l'imprévisibilité normative<sup>1</sup>. Certains des premiers commentateurs de la notion ne voyaient-ils pas là qu'une « affaire d'appréciation variable et dangereuse »<sup>2</sup> ? Cette intuition, aussi légitime soit-elle, doit être grandement relativisée. La notion de l'abus de droit, en tant qu'elle sanctionne la non-validité juridique du fait social prétendant, est prononcée suite à une contextualisation pragmatique qui fait état des conditions positives de l'application du discours juridique. Encore une fois, les solutions concrètes peuvent être plurielles, mais enfin le raisonnement logique signifié par le concept de l'abus connaît une stabilité objective et vertueuse. Il est un raisonnement *habituel* pour les interprètes authentiques, fondé sur les connaissances théoriques et méthodologiques produites au sein de la communauté d'interprétation de la fundamentalité. Cela ne veut pas dire que toute difficulté peut être évacuée simplement. Le concept de l'abus de droit fondamental est aussi amené à intervenir en ces *cas difficiles* où les raisonnements discursifs sont mis à rude épreuve, et les valeurs, certes connaissables, sont écartelées par le fait social complexe et potentiellement stratégique. « Personne n'a cependant jamais prétendu que la confrontation entre la démocratie et sa propre survie puisse être de tout repos, intellectuel, juridique ou politique »<sup>3</sup>.

**374.** Si l'abus de droit peut être perçu, non sans fondement, comme une notion conservatrice, voire démesurément autoritaire, il ne faut pas se méprendre sur la localisation des difficultés. Les dispositions pragmatiques de la notion dans le langage juridique, et sous un certain aspect effectivement autoritaires, sont au service du phénomène de la fundamentalité dans son ensemble. Elles restent fidèles en cela, et dans la mesure de l'interprétation authentique, à la logique libérale des droits de l'homme. La notion d'abus est d'autant plus essentielle à la concrétisation des droits fondamentaux qu'elle délivre dans le langage du droit positif des indications normatives et cognitives sur leur signification. Cette force épistémique

---

<sup>1</sup> Comme le relevait un juge à la Cour EDH, « la possibilité de régler un discours du fait de son seul contenu et les restrictions ainsi apportées à ce discours reposent sur l'idée que certains propos vont à l'encontre de l'esprit de la Convention. Mais un « esprit » ne propose pas des standards clairs et ouvre la porte aux abus. Les êtres humains, y compris les juges, tendent à qualifier les opinions qui ne leur conviennent pas de proprement inadmissibles et, partant, à les exclure de la sphère de l'expression protégée. Or, c'est justement lorsque nous sommes confrontés à des idées qui provoquent notre haine ou notre dégoût que notre jugement doit être le plus réfléchi dans la mesure où nos convictions personnelles risquent d'influencer nos idées sur ce qui est véritablement dangereux » (*Opinion dissidente du juge A. Sajó* sous l'arrêt *Féret c/Belgique*, préc.).

<sup>2</sup> E. Pierre dans « Séance du 30 novembre 1928. L'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Les Études philosophiques*, préc., p. 5.

<sup>3</sup> S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », préc., p. 566.

est décisive à la préservation de l'intégrité de la fundamentalité, mais également à son effectivité.

## **Section 2. Les dispositions de la notion de l'abus de droit à préserver l'effectivité du discours de la fundamentalité**

*« La finalité courte de [l'acte de juger] est de trancher un conflit – c'est à dire mettre fin à l'incertitude –, sa finalité longue est de contribuer à la paix sociale, c'est à dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel »<sup>1</sup>.*

**375.** Si la notion de l'abus de droit est idoine aux fins de préserver l'effectivité de la fundamentalité, c'est parce qu'elle porte une dimension cognitive spéciale au cœur de l'activité normative pratique de ce discours. Par ses dispositions à spécifier les faits sociaux qui ne constituent pas l'exercice de droits fondamentaux, la notion de l'abus de droit renseigne, par la norme, sur la signification des droits. Or, la connaissance de cette logique juridique de signification est essentielle pour que le discours de la fundamentalité puisse déployer son effectivité juridique et sociale. Simplement, les destinataires de droits fondamentaux doivent savoir quels usages ils peuvent faire de leurs droits, et la notion d'abus, tout en participant à l'œuvre normative du discours juridique, délivre une telle connaissance. C'est pourquoi elle est une référence pédagogique essentielle au sein du langage de la fundamentalité (§ 1).

**376.** Du reste, l'effectivité du discours des droits fondamentaux ne dépend pas seulement du message normatif délivré de manière pédagogique au sein du processus concret de décision. Elle dépend également de la faculté de ce discours à imprégner l'imaginaire de sa communauté d'interprétation. En clair, l'effectivité juridique et sociale des droits fondamentaux ne repose pas seulement sur l'activité normative pratique de ce discours. Elle s'appuie également sur une normativité de type symbolique. La notion de l'abus de droit fondamental est justement une référence particulièrement symbolique dans le langage juridique (§ 2).

---

<sup>1</sup> P. Ricœur, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 10.

## § 1. La notion de l'abus de droit, une référence pédagogique dans le discours de la fundamentalité

**377.** Si l'on conçoit effectivement le discours juridique en général, et celui de la fundamentalité en particulier, comme un système d'action et de savoir, il n'est pas étonnant de reconnaître à l'activité pédagogique un rôle certain en droit<sup>1</sup>. Encore une fois, norme et connaissance sont intimement liées au sein du phénomène juridique. D'un point de vue discursif, lorsque l'interprète authentique produit une norme juridique concrète, il délivre en même temps un savoir sur le système juridique. L'enjeu ici est moins *interprétatif* que *significatif*. Il ne s'agit pas de savoir, du point de vue de l'interprétation, si l'action normative concrète est radicalement un acte de connaissance ou un acte de volonté. Du reste, et de manière quelque peu péremptoire tant ce n'est pas l'objet de la réflexion, il paraît assez douteux, s'agissant de l'interprétation authentique, qu'il puisse y avoir véritable connaissance sans volonté et véritable volonté sans connaissance. Il s'agit plutôt de s'intéresser à la manière dont la norme juridique concrète, et en particulier la notion de l'abus de droit, délivre une connaissance sur la signification des droits fondamentaux. Concernant l'article 11 de la Convention EDH, la Cour de Strasbourg a pu indiquer, à travers la notion de l'abus de droit, que les groupements politiques bénéficient de la liberté d'association lorsqu'ils promeuvent un changement du droit ou des structures constitutionnelles de l'État à la double condition que les moyens utilisés à cette fin soient légaux et démocratiques et que le changement proposé soit lui-même compatible avec les principes démocratiques fondamentaux<sup>2</sup>. En la matière, de tels groupements savent à quoi s'en tenir.

**378.** La spécificité de la notion de l'abus de droit tient à ce que la connaissance est nécessairement délivrée de manière pédagogique. Effectivement, lorsqu'un interprète authentique use de la notion, il informe *ipso facto* l'ensemble des destinataires du discours de la fundamentalité sur ce qui ne constitue pas un droit fondamental. Le caractère pédagogique est donc inhérent à la notion, du fait de la nature du message transmis, et peut bien sûr être accentué par la qualité de l'argumentation de l'interprète. De ce point de vue, la pratique des interprètes authentiques en droit positif pourrait être améliorée. Elle pourrait spécifier plus clairement les étapes de l'action contextualisatrice du concept de l'abus de droit. En premier

---

<sup>1</sup> Cf. not. V. Champeil-Desplats (dir.), *Pédagogie et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, 267 p.

<sup>2</sup> Cour EDH, 14 mars 2013, *Kasymakhunov et a. c/Russie*, préc., § 105.



lieu, les exigences interdiscursives et intersubjectives attachées au discours de la fondamentalité, et que le concept de l'abus rend normatives. Autrement dit, pour certains cas litigieux, il est nécessaire de se demander, d'abord, si l'on a affaire à un droit fondamental, avant d'entrer, ensuite, dans une logique de proportionnalité formelle quant à la validité des restrictions à ce droit. Les interprètes spécialisés des droits fondamentaux, en particulier supranationaux, ont eux-mêmes conscience de l'importance de cette dimension pédagogique au sein de leur œuvre normative. Ainsi, la Cour EDH rappelle régulièrement que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »<sup>1</sup>. Si le discours du juge a pour objet préférentiel l'élaboration d'une norme juridique concrète, il peut aussi être le support à l'affirmation d'un positionnement normatif et institutionnel au sein de l'ordre juridique, faire œuvre de connaissance à propos de l'activité normative pratique impliquée, ou encore s'inscrire dans le cadre d'une discussion juridique plus générale. Le discours de l'interprète authentique a aussi pour but d'éviter que les conflits typiques ne se reproduisent<sup>2</sup>. Dès lors, la clarification du sens des droits est une condition essentielle au déploiement et à l'effectivité du discours de la fondamentalité. À cet égard, l'action préventive de la notion de l'abus de droit au sein de l'activité normative concrète rejoint logiquement la portée objective du concept, telle qu'elle est énoncée dans les lois générales, notamment à travers les délits de presse<sup>3</sup>. Les abus désignés par la loi résultent effectivement d'une même contextualisation signifiante, interdiscursive et intersubjective, cette fois opérée de manière *a priori* par le législateur. Le travail dogmatique réalisé par le Comité de l'abus de droit fiscal et la Commission des clauses abusives témoigne également de l'action préventive du concept de l'abus de droit<sup>4</sup>.

**379.** De manière générale, pour que le discours de la fondamentalité soit effectif, il faut que son identité, sa spécificité logique, soit connaissable. La notion de l'abus de droit rend justement la logique de la fondamentalité apparente dans le langage de l'interprète authentique.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/Royaume-Uni*, préc., § 154.

<sup>2</sup> Comme l'illustre la procédure de l'arrêt pilote parfois utilisée par la Cour EDH (art. 61 Règlement de la Cour) : Cour EDH [GC], 22 juin 2004, *Broniowski c/Pologne*, n° 31443/96, et dont elle surveille l'exécution : Cour EDH, 6 avril 2021, *Venken c/Belgique*, n° 46130/14.

<sup>3</sup> Articles 23 à 41-1 de la loi du 29 juillet 1881, préc.

<sup>4</sup> *Supra*. §§ 148 et 150.

Alors que le contrôle de proportionnalité peut parfois brouiller le message du droit<sup>1</sup>, tant il a pour tâche ardue, dans les cas difficiles, la pondération entre diverses visions compréhensives du monde autant que la prévalence utilitariste de certains intérêts privés<sup>2</sup>, la notion de l'abus de droit, elle, affiche clairement les *exigences proprement juridiques* de la fundamentalité, aussi bien d'un point de vue interdiscursif que plus strictement intersubjectif. Certes, il ne faut pas exagérer les lacunes du contrôle de proportionnalité, lequel déploie une méthode juridique rigoureuse<sup>3</sup>, comme l'atteste l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>4</sup>. Seulement, il est des situations litigieuses où le pragmatisme du contrôle de proportionnalité formel devrait laisser place au pragmatisme du concept de l'abus de droit, lequel, à l'ère des sociétés pluralistes, ne renonce pas à invoquer les fondements du discours de la fundamentalité, qui sont autant de directives pour son interprétation. En un mot, la notion de l'abus de droit lève les ambiguïtés. Elle permet d'établir au sein de la norme juridique concrète des lignes claires sur la signification des droits fondamentaux, sur les choix normatifs opérés et les valeurs connaissables assumées. De ce point de vue, le concept de proportionnalité peut se montrer lacunaire<sup>5</sup>, lorsque la protection et l'effectivité du discours de la fundamentalité réclame la désignation du fait social inadmissible, au lieu d'un arbitrage parfois incertain entre des intérêts

---

<sup>1</sup> Les critiques en doctrine à l'encontre de cet « excès de proportionnalité » sont légion (not. P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTDC*, 2016, p. 70 : « La généralité de la règle cède le pas à une application casuistique, tantôt autorisée, tantôt refusée, en fonction d'une balance des intérêts dont personne ne peut à l'avance prévoir l'inclinaison » ; C. Jamin, « Juges : le retour des déformations morbides ? », *Revue justice actualités*, préc., p. 41 ; J. Hauser, « Conflits de droit et proportionnalité », *RTD civ.*, 2014, p. 856).

<sup>2</sup> R. Alexy, « Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad », *Revista Española de Derecho Constitucional*, préc., spéc. pp. 15-19 (à propos de la « formule des poids »).

<sup>3</sup> Notamment grâce à l'activité cognitive au sein de la communauté d'interprétation juridique. En ce qui concerne la réflexion sur la pratique du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, cf. *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation* [en ligne], avril 2017 ; *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation) [en ligne], déc. 2018 ; *Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, Cour de cassation [en ligne], juin 2020, préc.

<sup>4</sup> À propos de cette influence sur la Cour de cassation, cf. not. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1326 ; « Le contrôle de proportionnalité », *Revue justice actualités*, préc., déc. 2020.

<sup>5</sup> « Ce mode de raisonnement purement téléologique occulte la perspective de *l'injustifiable en soi*, c'est-à-dire de la catégorie d'actes ou d'omissions *intrinsèquement condamnables*, quel que soit le but qu'ils poursuivent. Sitôt qu'elle débute en effet, et à moins de manquer de sincérité, la démarche proportionnaliste recuse, de manière souvent implicite, mais néanmoins nécessaire et logique, la possibilité que l'acte ou l'omission jugé soit tenu pour injustifiable en soi au sens prédéfini : loin d'être irrelevant, *le but de cet acte ou de cette omission est du nœud de sa validité* » (S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Thèse de doctorat, Bruxelles, 2001, vol. 1, p. 397 cité par L. Eck, préc., p. 466, nous soulignons).

peu commensurables et juridiquement mal nommés<sup>1</sup>. En particulier, et au regard du danger qu'ils représentent pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques<sup>2</sup>, les discours de haine doivent être disqualifiés pour eux-mêmes, et non, comme dans l'affaire évoquée *Vejdeland et a. c/Sweden*, en raison de leur mise en balance avec « la protection de la réputation et des droits d'autrui ». Les juges Yudkivska et Villiger l'expliquent pertinemment dans leur opinion concordante sous l'arrêt :

« The majority found that the applicants' conviction in the present case served a legitimate aim, namely "the protection of the reputation and the rights of others". *As a matter of fact, cases like the present one should not be viewed merely as a balancing exercise between the applicant's freedom of speech and the targeted group's right to protect their reputation.* Hate speech is destructive for democratic society as a whole, since "prejudicial messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups" (...) and therefore it should not be protected »<sup>3</sup>.

**380.** Il ne faut pas négliger la faculté de la notion de l'abus de droit à créer de la *confiance* au sein de la communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité. En clarifiant la *signification réelle* des droits fondamentaux impliqués, l'abus de droit délivre de manière didactique une connaissance concrète sur le système de la fundamentalité lui-même. Une connaissance qui a un caractère normatif pour les destinataires des droits, mais qui est également susceptible de nourrir un dialogue démocratique plus avisé à propos des fondements de la norme, voire de l'ordre juridique dans son ensemble. Enfin, une connaissance plus précise à propos du système de la fundamentalité est susceptible de démystifier quelque peu ce phénomène, et notamment relativiser, sur le plan juridique, les critiques obnubilées par l'individualisme des droits de l'homme. La portée cognitive de la notion de l'abus de droit est d'autant plus forte que son usage dans le langage juridique est particulièrement symbolique.

---

<sup>1</sup> Dans son opinion dissidente sur l'arrêt *Bendix Autolite Corp v. Midwesco Enterprises*, à propos de la mise en balance des intérêts caractéristique du contrôle de proportionnalité, le juge A. Scalia considère que « c'est comme juger si une ligne droite particulière est plus longue qu'une pierre est plus lourde » (cité par J.-Y. Chérot, « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *RRJ*, 2017/5, n° 31, p. 1910). H. Kelsen constatait lui, déjà, que « le principe dit de la "balance des intérêts" ne résout nullement le problème en présence duquel on se trouve, mais ne fait en réalité, que le formuler ; car il ne fournit pas l'étalon objectif à l'aide duquel on pourrait comparer les uns aux autres des intérêts opposés, et en conséquence, trancher les conflits d'intérêts » (*Théorie pure du droit*, préc., p. 459).

<sup>2</sup> Cour EDH, *Féret c/Belgique*, préc., § 73.

<sup>3</sup> Opinion concordante sous l'arrêt *Vejdeland et a. c/Sweden*, préc., § 9 évoquant l'arrêt *Norwood c/Royaume-Uni*, préc., nous soulignons.

## § 2. La notion de l'abus de droit, une référence symbolique dans le langage de la fundamentalité

**381.** En droit positif, on l'a vu, la notion de l'abus de droit fondamental est généralement associée à l'image de la déchéance du droit allégué. Une représentation peu séduisante d'un point de vue cognitif, tant, par essence, le fait abusif ne constitue pas l'exercice d'un droit. Néanmoins, l'image de la déchéance est puissante. Elle a au moins comme vertu de mettre en lumière le caractère symbolique de la sanction de l'abus de droit. Une portée symbolique accentuée sur le plan procédural, lorsque, par principe, la Cour EDH considère que la requête induite de l'usage abusif d'un droit est irrecevable *de plano*<sup>1</sup>. La procédure ne vient ici que concrétiser la logique conceptuelle : le fait abusif n'a rien à voir avec le discours de la fundamentalité. La notion de l'abus de droit oriente justement le regard de la communauté juridique vers le fait social inadmissible du point de vue des règles constitutives de la fundamentalité. En aucun cas ce fait n'est *significatif* d'un droit fondamental. Le message normatif et cognitif porté par la notion de l'abus de droit a donc un caractère solennel en tant que tel. Sa réception sera d'autant plus forte au sein de la communauté de discours. *La notion de l'abus de droit fondamental supprime dans le système juridique la croyance que le fait litigieux « f » aux propriétés « p » dans un contexte « c » puisse constituer un droit fondamental « DF ».* Les destinataires des droits, en particulier, sauront que si f a p dans c, alors f n'est pas DF.

**282.** Le symbole, en droit, s'élevant aussi de jurisprudences emblématiques, prenons pour exemple deux de ces décisions évocatrices en matière de droits fondamentaux. L'ambition est de mieux comprendre l'intérêt normatif du concept de l'abus de droit ainsi que la force symbolique que peut revêtir l'utilisation de la notion dans le langage de la fundamentalité. Encore une fois, il ne s'agit pas de se prononcer sur l'opportunité de la résolution normative, ni de négliger les raisons pour lesquelles les interprètes authentiques se méfient de la notion d'abus ; il s'agit seulement de s'intéresser à la performance discursive en tant que telle. Spécialement, la manière dont l'utilisation de l'abus de droit aurait abouti à une solution

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Pavel Ivanov c/Russie*, préc. ; *Norwood c/Royaume-Uni*, préc. ; *Belkacem c/Belgique*, préc. ; *Witzsch c/Allemagne*, préc. ; *Roj TV A/S c/Danemark*, préc. En vertu de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles, manifestement mal fondée ou abusive » ; « La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable par application du présent article. Elle peut procéder ainsi à tout stade de la procédure ».

équivalente sur un plan normatif pratique, tout en clarifiant la signification du discours de la fondamentalité lui-même. Ceci en évitant, au passage, un certain nombre de faux semblants ou autres contorsions conceptuelles. Les décisions exemplaires sont l'arrêt de la Cour EDH du 1<sup>er</sup> juillet 2014, *S.A.S c/France*<sup>1</sup> (A), puis l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*<sup>2</sup> (B).

A. *La notion de l'abus de droit fondamental et le port du voile intégral dans l'espace public*

**383.** À l'origine de l'affaire *S.A.S c/France*, une requérante française, se déclarant musulmane pratiquante, allègue que la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public porte atteinte à son droit à la vie privée et à sa liberté de religion notamment, en ce qu'elle l'empêche de porter la burqa et le niqab conformément, selon elle, à sa foi, à sa culture, et à ses convictions personnelles. La burqa est un habit qui couvre l'entièreté du corps et comprend un tissu à mailles au niveau du visage, tandis que le niqab couvre le visage à l'exception des yeux. La plaignante indique qu'elle ne reçoit aucune pression de son environnement social à propos de cette pratique vestimentaire. Elle ne porte pas le niqab tout le temps dans l'espace public, mais souhaite pouvoir le faire quand « son humeur spirituelle le lui dicte ». Elle est ainsi prête à retirer le voile intégral lorsqu'un contrôle d'identité s'impose. Selon ses dires, cet accoutrement n'a pas pour objectif de créer un désagrément pour autrui, mais seulement d'être « en accord avec elle-même ».

**384.** L'application du concept de l'abus de droit fondamental en l'espèce aurait consisté en la contextualisation juridique du *fait* de porter le niqab au regard du discours de la fondamentalité. Une contextualisation pragmatique, à la fois interdiscursive et intersubjective. La contextualisation interdiscursive aurait pu retenir, d'abord, que le port de ce vêtement, certes motivé par des raisons *a priori* religieuses, constitue, en Europe à tout le moins, une pratique extrêmement minoritaire<sup>3</sup> et non absolument prescrite par les autorités de la religion en

---

<sup>1</sup> Cour EDH [GC], 1<sup>er</sup> juil. 2014, *S.A.S c/France*, n° 43835/1.

<sup>2</sup> CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

<sup>3</sup> Selon le rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » en date du 26 janvier 2010, et qui précède la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, le port du voile intégral en France serait apparu dans les années 2000, et concernait environ 1900 femmes en 2009.

question<sup>1</sup>. Cette référence au discours religieux n'est bien sûr pas dirimante, et l'interprète authentique prétendra s'y refuser formellement<sup>2</sup>, mais enfin elle éclaire inévitablement le *bien-fondé* des motivations de la requérante, et sa volonté réelle appliquée aux conséquences de l'acte. La contextualisation interdiscursive pouvait également faire intervenir les considérations de dignité de la femme et d'égalité entre les sexes<sup>3</sup>, qui ont été avancées dans cette affaire, non sans confusions. En effet, ces considérations ont été envisagées comme autant de restrictions nécessaires, dans une société démocratique, à la liberté de religion. Pourtant, la Cour EDH elle-même rappelle régulièrement que « l'énumération des exceptions à la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions qui figure dans le second paragraphe de l'article 9 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive »<sup>4</sup>. Or, force est de constater que les valeurs qui fondent en l'occurrence la restriction litigieuse ne sont pas *explicitement* prévues par ces dispositions. Le concept de l'abus de droit était le moyen ici de rappeler que la sauvegarde de la dignité humaine<sup>5</sup> et l'égalité entre les sexes sont des exigences objectives de l'application du discours de la fundamentalité, non des restrictions surabondantes aux droits<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Selon le rapport parlementaire précité, il s'agirait là « d'une pratique antéislamique importée, qui ne présente pas le caractère d'une prescription religieuse et qui participe de l'affirmation radicale de personnalités en quête d'identité dans l'espace social ainsi que de l'action de mouvements intégristes extrémistes ». Toutefois, le rapport précise qu'il n'y avait aucune unanimité au sein de la mission parlementaire quant à l'opportunité d'adopter une loi d'interdiction générale et absolue du voile intégral dans l'espace public (*S.A.S c/France*, préc., §§ 16-17). Le gouvernement belge, en tant que tiers intervenant dans l'affaire *S.A.S c/France*, a fait valoir « que le port du voile intégral ne répond pas à une prescription coranique mais à une coutume minoritaire de la péninsule arabe » (§ 86).

<sup>2</sup> Conformément à une jurisprudence bien établie, la Cour EDH précise dans cette affaire que « la circonstance que cette pratique est minoritaire (...) est sans effet sur sa qualification juridique » (*S.A.S c/France*, § 56).

<sup>3</sup> Article 1 de la DDHC, article 1 de la Constitution, alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946.

<sup>4</sup> *S.A.S c/France*, § 113.

<sup>5</sup> Cour EDH, *S.W. c/Royaume-Uni*, préc., § 44 : « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines ». Aussi, dans la Résolution 1743 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'islam, l'islamisme et l'islamophobie en Europe adoptée le 23 juin 2010, l'Assemblée « invite l'ensemble des communautés musulmanes à abandonner toute interprétation traditionnelle de l'islam qui nie l'égalité entre hommes et femmes, et restreint les droits des femmes, à la fois au sein de la famille et dans la vie publique. Cette interprétation n'est pas compatible avec la dignité humaine et les normes démocratiques (...). La discrimination envers les femmes, qu'elle soit fondée sur des traditions religieuses ou non, est contraire aux articles 8, 9 et 14 de la Convention, à l'article 6 de son Protocole n° 7, ainsi qu'à son Protocole n° 12. Aucun relativisme religieux ou culturel ne saurait être invoqué pour justifier des violations de la [dignité de la] personne humaine » (§ 14).

<sup>6</sup> La Cour EDH estime, en ce sens, qu'un « État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux » (*S.A.S c/France*, § 119).

385. La principale difficulté en la matière consiste à *localiser correctement la signification juridique*. Il est effectivement une incertitude significative à propos du fait de porter le voile intégral. Cette pratique est-elle libre ou contrainte ? Lorsqu'elle résulte d'un choix libre et éclairé, s'oppose-t-elle nécessairement à une représentation objective de la dignité de la femme ou est-elle, au contraire, une manifestation concrète du principe de dignité humaine en tant qu'exercice du libre arbitre par une personne autonome et douée de raison ? Pour les mêmes raisons, cette pratique est-elle contraire ou conforme au principe d'égalité des sexes ? Est-elle nécessairement prosélyte ou n'a-t-elle pour objet que la satisfaction d'un bien-être personnel ? Devant l'irréductible indétermination du sens, ce ne peut être que fixer de l'extérieur une signification autoritaire que d'affirmer que cette pratique bafoue, en tant que telle, « le principe d'égalité entre les sexes » et celui « d'égalité de dignité entre les êtres humains »<sup>1</sup>. Néanmoins, parce que ces considérations sont objectivement indissociables du *discours* de la fondamentalité, il peut être retenu, *d'un point de vue juridique*, que le fait de porter le voile intégral ne peut prétendre au discours de la fondamentalité en tant que ces valeurs lui sont constitutives. Autrement dit, juridiquement, il n'est pas question de la signification du port du voile intégral en tant que tel, mais de *la signification du port du voile intégral en tant qu'exercice d'une liberté fondamentale*, c'est-à-dire en tant que ce fait prétend à l'application et à la protection d'un discours objectif : la fondamentalité. Contre l'argument avancé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme et la Cour EDH elle-même, selon lequel il n'appartient pas à l'État, certes, de déterminer ce qui relève de la religion<sup>2</sup>, il faut opposer qu'il appartient bien à l'ordre juridique – et à l'ordre discursif de la fondamentalité en particulier – de déterminer ce qui relève, *en droit*, de *la liberté de religion*<sup>3</sup>. Dès lors, il ne s'agit en aucun cas, pour le juge, d'affirmer que le fait de porter le voile intégral ne relève pas d'une pratique valide de la religion musulmane, mais d'établir, conformément à son office, que le fait de porter le voile intégral ne relève pas du droit fondamental à la liberté de religion. La Cour EDH a pu reconnaître par ailleurs que l'article 9 de la Convention « ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par [une] conviction

---

<sup>1</sup> *S.A.S c/France*, § 17.

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 26 oct. 2000, *Hassan et Tchaouch c/Bulgarie*, n° 30985/96, § 78 : « sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses ». Aussi, « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci » (Cour EDH, 26 sept. 1996, *Manoussakis et a. c/Grèce*, n° 18748/91, § 47).

<sup>3</sup> Bien que la Cour EDH, en l'espèce, examine la requête sous l'angle des articles 8 et 9, elle met logiquement « l'accent sur la seconde de ces dispositions » (*S.A.S c/France*, § 109).

religieuse »<sup>1</sup> et qu'il ne confère pas plus « aux individus agissant de la sorte le droit de se soustraire à des règles qui se sont révélées justifiées »<sup>2</sup>. En l'espèce, d'après la logique conceptuelle de l'abus de droit, en sa contextualisation interdiscursive du fait litigieux, la requérante ne bénéficie pas du droit fondamental à la liberté de religion dans la mesure où elle ne respecte pas les règles constitutives du discours de la fundamentalité. En retenant cette opportunité normative, il aurait notamment pu être considéré que le port du voile intégral consiste en la manifestation exacerbée d'une appartenance communautaire<sup>3</sup> dont les conséquences politiques et sociales radicales, confrontées aux représentations normatives de la démocratie et de la dignité humaine telles que véhiculées par le discours de la fundamentalité, rendent le fait impropre au bénéfice des droits fondamentaux.

**386.** La contextualisation du fait litigieux est donc objective, mais aussi plus strictement intersubjective. Elle implique des exigences minimales d'interaction et de coopération sociales dans l'exercice des droits. La considération de ces exigences intersubjectives, en tant qu'elles sont constitutives du discours de la fundamentalité, nous semble plus logique, d'un point de vue juridique, que la référence faite par la Cour EDH aux droits d'autrui. Comme le relève justement le Comité des droits de l'Homme<sup>4</sup>, aucun droit précis auquel il serait porté atteinte n'est invoqué par l'autorité nationale pour justifier la restriction litigieuse<sup>5</sup>. Et pour cause, les juges Nußberger et Jäderblom l'ont parfaitement expliqué dans leur opinion en partie dissidente : « il n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même pas ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen »<sup>6</sup>. Encore une fois, la possibilité d'une signification objective des droits fondamentaux fonde la limite des restrictions aux droits au nom des droits. Du reste,

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 2 oct. 2001, *Pichon et a. c/France* (déc.), n° 49853/99 : « Le terme “pratiques” au sens de l'article 9 § 1 ne désigne pas n'importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction ».

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 10 nov. 2005, *Leyla Şahin c/Turquie*, n° 44774/98, § 121.

<sup>3</sup> L. Bouvet, *Le communautarisme : mythes et réalités*, Paris, Lignes de repères, 2007.

<sup>4</sup> CDH, 22 oct. 2018, *Miriana Hebbadj c/France*, n° 2807/2016, § 7. 10.

<sup>5</sup> Pour le gouvernement français, derrière la « protection des droits et libertés d'autrui », « il s'agirait d'assurer “le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte” ». À cet égard, il renvoie à trois valeurs : « le respect des exigences minimales de la vie en société », « le respect de l'égalité entre hommes et femmes », « le respect de la dignité des personnes » (*S.A.S c/France*, § 82). Il s'agit bien d'exigences objectives, mais pas de droits subjectifs formellement prévus par la Convention. La Cour EDH a finalement admis « que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble » (*ibid.*, § 122).

<sup>6</sup> *Opinion en partie dissidente commune aux juges Nußberger et Jäderblom*, § 7. Les juges y regrettent dès lors le « sacrifice des droits individuels à des principes abstraits » (A.).



la référence effrénée aux droits d'autrui est effectivement problématique lorsqu'elle est transposée au régime juridique de la liberté d'expression, dont l'étendard significatif, la jurisprudence *Handyside*, dispose que cette liberté « vaut non seulement pour les “informations” ou “idées” accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de “société démocratique” »<sup>1</sup>. Accolée à la rhétorique conventionnelle des droits d'autrui, une autre contorsion conceptuelle aussi inutile qu'ambiguë, « factice et vague »<sup>2</sup>, polémique et ajuridique, a émergé de l'argumentation des interprètes authentiques dans cette affaire : la fameuse notion de « vivre ensemble »<sup>3</sup>. L'ancrage de cette notion dans le discours politique et militant exhorte à ne pas la confondre avec le concept précédemment stipulé, en droit, de l'entente intersubjective<sup>4</sup>. Selon ce concept juridique, il est des exigences minimales de réciprocité sociale et d'altérité dans l'usage des droits qui sont constitutives d'une communauté de discours. Dès lors, le concept de l'abus de droit met en valeur les exigences interdiscursives et intersubjectives impliquées par la situation litigieuse, en tant qu'elles sont inhérentes à l'application de la fundamentalité elle-même, et non à une déformation de la notion d'ordre public ou à la référence artificielle aux droits d'autrui. Autrement dit, certaines valeurs éprouvées et objectivement connaissables de la fundamentalité ainsi que les exigences minimales de coopération sociale dans une communauté de droit sont intégrées à la signification juridique de la liberté de religion.

**387.** Suivant l'application explicite du *concept*, la *notion* de l'abus de droit aurait pu être utilisée afin de signifier, dans le langage du droit positif, que le fait de porter le niqab ou la burqa n'est pas un usage valide du droit fondamental à la liberté de religion. L'idée est d'ailleurs évoquée, sans être développée ni conceptualisée, dans les motifs de la loi du 11 octobre 2010 : « la dissimulation du visage ne saurait être regardée comme inséparable de l'exercice d'une liberté fondamentale »<sup>5</sup>. En l'absence d'exercice d'un droit fondamental, il n'aurait pas été

---

<sup>1</sup> Cour EDH [GC], *Handyside c/Royaume-Uni*, préc., § 49.

<sup>2</sup> *Opinion en partie dissidente commune aux juges Nußberger et Jäderblom*, préc., § 5.

<sup>3</sup> « La Cour estime que l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du “vivre ensemble” » (*S.A.S c/France*, § 142).

<sup>4</sup> *Supra.*, §§ 284 et s.

<sup>5</sup> « Exposé des motifs » de la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dont l'article 1 dispose : « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Son article 2 précise que « l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public » et que l'interdiction de la dissimulation du visage « ne s'applique

nécessaire de déployer la méthodologie de proportionnalité formelle relative à la validité des restrictions conventionnelles à ce droit. Cela aurait permis d'éviter le montage juridique artificiel impliquant le concept de vivre ensemble fusionné à la rhétorique des droits d'autrui. De plus, pour ce qui est de l'ordre juridique conventionnel, en considérant que le port du voile intégral ne consistait pas en l'exercice d'un droit fondamental, cette pratique aurait pu être restreinte en tant que telle, le principe de non-discrimination n'ayant d'effet juridique que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention<sup>1</sup>. L'hypothèse doit toutefois être avancée avec réserve tant la jurisprudence de la Cour EDH en matière de non-discrimination reste chaotique<sup>2</sup>. Si elle se vérifiait, le fait de porter le niqab ou la burqa aurait donc pu être l'objet d'une réglementation précise, adaptée, et circonstanciée<sup>3</sup>, tandis que sa pénalisation aurait été rendue juridiquement plus acceptable du fait qu'il ne constituait pas l'exercice d'une liberté fondamentale. Spécialement en matière de liberté de religion, « l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention »<sup>4</sup>.

---

pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes, ou de manifestations artistiques ou traditionnelles ».

<sup>1</sup> Cour EDH, 19 déc. 2018, *Molla Sali c/Grèce*, n° 20452/14, § 123 : « Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. L'article 14 n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour "la jouissance des droits et libertés" qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites dispositions ». Le protocole n° 12 qui établit une interdiction générale de la discrimination (Cour EDH, 9 déc. 2010, *Savez crkava "Riječ Života" et a. c/Croatie*, n° 7798/08, § 103) n'a pas été signé par la France.

<sup>2</sup> C. Langlais, « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 15/2019.

<sup>3</sup> Différentes dispositions normatives permettaient déjà d'interdire la dissimulation du visage lorsque l'identification de la personne est nécessaire pour garantir la sécurité des biens et des personnes (contrôle d'identité, documents d'identités, accès à certains lieux publics, réalisation et authentification de certaines démarches, lutte contre la fraude) ou en vue de prévenir et réprimer certaines infractions. En outre, une telle interdiction aurait pu être décidée par le maire ou le préfet sur le fondement de leurs pouvoirs de police générale, afin de prévenir des atteintes à l'ordre public, si des circonstances locales le justifiaient et si tant est que la mesure eût été proportionnée à l'objectif poursuivi. À cet égard, le Conseil d'État avait préconisé l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public « soit en vue de la sauvegarde de l'ordre public lorsque celui-ci est menacé, soit lorsqu'une interdiction apparaît nécessaire pour l'accès ou la circulation dans certains lieux et pour l'accomplissement de certaines démarches ». Il avait, en revanche, « exclu une interdiction uniforme et générale » (« Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », *Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 25 mars 2010*, pp. 8 et 35).

<sup>4</sup> « Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société » (Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/Grèce*, n° 14307/88, § 31).

**388.** Au lieu de la réglementation concrète et circonstanciée, le législateur a fait le choix d'une loi générale et abstraite<sup>1</sup>, qui une fois de plus, motivée par l'admirable principe de non-discrimination, est susceptible d'ingérences inutilement étendues aux libertés. Le Conseil d'État, auquel le Premier ministre avait commandé une étude sur la question, a lui-même considéré qu'une « interdiction générale du port du voile intégral en tant que tel ou de tout mode de dissimulation du visage dans l'espace public serait très fragile juridiquement »<sup>2</sup>. La Haute juridiction administrative avait notamment relevé qu'une telle interdiction ne pouvait se fonder sur une conception traditionnelle de l'ordre public, y compris en ses composantes immatérielles<sup>3</sup>. Il a donc fallu, cette fois, toute l'ingénierie législative et une bonne dose d'hypocrisie pour faire croire que cette loi n'avait pas pour unique objet l'interdiction du port du voile intégral<sup>4</sup>. La décision qui en apprécia la conformité à la Constitution est significative de ce point de vue, tant le Conseil constitutionnel, au regard notamment du troisième alinéa du Préambule de 1946<sup>5</sup>, s'est non seulement référé à la liberté religieuse, mais a également repris à son compte les motivations du législateur selon lesquelles « les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité »<sup>6</sup>. Sur ce point, la Cour EDH n'a pas ménagé ses critiques à l'encontre de l'ordre

---

<sup>1</sup> Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 préc. Malgré la Recommandation 1927 (2010) adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe demandant au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe « d'inviter les États membres à ne pas adopter une interdiction générale du port du voile intégral » (§ 3. 13).

<sup>2</sup> CE, Étude préc., p. 17.

<sup>3</sup> Le fait de porter un voile intégral pouvant difficilement être considéré, en tant que tel, comme un acte « immoral » ou « indécent » au sens de la police administrative (*ibid.*, p. 25). Dans sa dimension matérielle, s'agissant de la sécurité publique, la Cour EDH, comme le Conseil d'État, a considéré « qu'une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique. Or le gouvernement ne démontre pas que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 s'inscrit dans un tel contexte » (*S.A.S c/France*, § 139).

<sup>4</sup> La genèse de la loi, comme ses motifs, est ici éclairante, outre le rapport parlementaire précité « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » et les débats publics sur ce sujet, le Premier ministre avait, par lettre de mission du 29 janvier 2010, demandé au Conseil d'État d'étudier « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral », qui soit « la plus large et la plus efficace possible », en vue du « dépôt d'un projet de loi au Parlement sur ce sujet », et eu égard à la nécessité de « ne pas blesser nos compatriotes de confession musulmane » (CE, étude préc., p. 7). Enfin, l'Assemblée nationale avait voté une résolution, le 11 mai 2010, sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales, qui condamnait la pratique du port du voile intégral comme contraire aux valeurs de la République (Assemblée nationale, XIII<sup>e</sup> législature, TA n° 459). Il faut voir également les circulaires du 2 mars 2011 et du 31 mars 2011 qui s'efforcent de préciser le champ d'application de la loi et qui en révèlent alors la véritable portée (O. Cayla, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166).

<sup>5</sup> « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

<sup>6</sup> CC, 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, cons. 4.

juridique français. Au regard de la très faible ampleur du phénomène visé, il lui a d'abord paru « démesuré de répondre à une telle situation par une loi d'interdiction générale »<sup>1</sup>. Après avoir rappelé que nombre d'institutions internationales et nationales considéraient une telle interdiction générale comme étant disproportionnée<sup>2</sup>, elle a relevé « que la loi du 11 octobre 2010 et certaines controverses qui ont accompagné son élaboration [notamment des propos islamophobes] ont pu être ressenties douloureusement par une partie de la communauté musulmane, y compris par ceux de ses membres qui ne sont pas favorables au port du voile intégral »<sup>3</sup>. « Vouloir tout régler par des lois, c'est irriter les vices plutôt que les corriger » disait Spinoza<sup>4</sup>. Finalement, pour la Cour, « un État qui s'engage dans *un processus législatif* de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance »<sup>5</sup>.

**389.** *In fine*, l'utilisation de la notion de l'abus de droit fondamental dans cette affaire aurait eu un double mérite, à supposer encore une fois que l'on conserve l'opportunité normative d'interdire le port du voile intégral dans l'espace public. D'abord, et de manière aussi symbolique, ce fait social aurait été identifié en tant qu'il n'est pas constitutif du droit fondamental à la liberté de religion. *La signification en droit de ce fait, mais aussi en fait de ce droit, aurait été clarifiée.* Au risque, certes, de la critique, qui est d'ailleurs nécessaire au sein d'une communauté de discours, l'interprète authentique de la fondamentalité aurait pu faire montre de transparence et de pédagogie sur les valeurs connaissables et les exigences intersubjectives qui sont objectivement inhérentes au discours de la fondamentalité. Ensuite, et de manière en apparence paradoxale, la possibilité de restreindre ce fait litigieux à travers la notion de l'abus de droit fondamental aurait été la solution la plus fidèle au libéralisme politique en tant qu'infrastructure du phénomène des droits fondamentaux. Le recours à l'abus de droit aurait ainsi permis d'éviter l'adoption d'une norme générale et abstraite, dont l'ingérence à certaines libertés n'était pas nécessaire pour atteindre le but poursuivi. À vrai dire, la validité de cette loi est tout à fait contestable, ne serait-ce qu'au regard du processus décisionnel

---

<sup>1</sup> *S.A.S c/France*, § 145.

<sup>2</sup> La Commission nationale consultative des droits de l'homme, des ONG tierces intervenantes, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (*ibid.*, § 147).

<sup>3</sup> *Ibid.*, §§ 148-149.

<sup>4</sup> B. Spinoza, *Traité théologico-politique* (1670), chapitre XX, III, § 10.

<sup>5</sup> *Ibid.*, § 149, nous soulignons. À la fin, c'est avec beaucoup de réserves que la Cour EDH a conclu « que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi », « au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce » (§ 157).

[*process-based fundamental rights review*]<sup>1</sup>, et la motivation lapidaire du Conseil constitutionnel en la matière jeta un voile pudique sur les vicissitudes logiques de son raisonnement juridique. Au-delà de l'intégrité du droit, c'est son efficacité qui est en jeu, tant cette loi fut critiquée pour son caractère contre-productif<sup>2</sup> et difficilement applicable<sup>3</sup>, une situation que la pratique sociale ou stratégique du port du masque sanitaire, y compris après sa prescription, ne favorisera pas. Le concept puis la notion de l'abus de droit fondamental auraient donc permis, pour cette affaire, une résolution normative concrète plus performante ainsi qu'une clarification de la signification juridique de la liberté de religion, et plus loin de la logique de la fundamentalité dans son ensemble. Une autre affaire symbolique, des plus célèbres, était également propice à l'utilisation de la notion de l'abus de droit fondamental, dans un contexte, il est vrai, moins marqué par la prégnance du discours de la fundamentalité.

### *B. La notion de l'abus de droit fondamental et le fait « de se faire lancer »*

**390.** La loi du 11 octobre 2010 portant une interdiction générale de la dissimulation du visage dans l'espace public ne pouvait se fonder que sur une conception inédite de l'ordre public. Celle-ci figure explicitement dans les motifs de la loi : « [l]a défense de l'ordre public ne se limite pas à la préservation de la tranquillité, de la salubrité ou de la sécurité. Elle permet également de prohiber des comportements qui iraient directement à l'encontre de règles essentielles au contrat social républicain, qui fonde notre société »<sup>4</sup>. Sollicité par le gouvernement à l'époque, le Conseil d'État n'avait pas recommandé une telle extension de cette notion juridique cardinale en matière de police, dont les contours deviendraient difficiles à

---

<sup>1</sup> L. Huijbers, *Process-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept, and Theory*, Intersentia, nov. 2019, 466 p. C'est-à-dire, le contrôle, vers lequel tend de plus en plus la Cour EDH, du processus décisionnel qui a abouti à la norme impliquée en matière de droits fondamentaux. « Dans ce cadre, le contrôle de la Cour porte davantage sur la qualité de la procédure nationale de décision que sur la substance du résultat obtenu » (M. Guyomar, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le "contrôle du contrôle" », *Justice et actualités*, n° 24, déc. 2020, p. 15).

<sup>2</sup> Cf. not. A. De Féo, *Derrière le niqab. 10 ans d'enquête sur les femmes qui ont porté et enlevé le voile intégral*, Armand Colin, 2020, 288 p. L'interdiction générale de la dissimulation du visage dans l'espace public avait déjà été critiquée au moment où elle fut envisagée, en tant qu'elle favoriserait l'isolement des femmes concernées, voire l'inflation de la pratique en signe de protestation (CE, *Étude préc.*, p. 29 ; CDH, *Miriana Hebbadj c/France*, préc. ; Tribunal Suprême espagnol, 6 fév. 2013, n° 693/2013).

<sup>3</sup> Et le Conseil d'État de lister, de manière non exhaustive, les nécessaires exceptions à l'interdiction générale de dissimuler son visage dans l'espace public : des motifs de santé publique (le port du masque), de sécurité personnelle (tous types de casques de protection), la pérennité des manifestations culturelles (carnavals, théâtre...), le respect des lieux de culte (CE, *Étude préc.*, p. 29).

<sup>4</sup> « Exposé des motifs », Loi du 11 octobre 2010 préc.

cerner, provoquant un changement profond de l'ordre normatif<sup>1</sup>. La Haute juridiction administrative envisagea tout de même l'hypothèse d'une telle évolution conceptuelle :

« Dans cette perspective, on pourrait soutenir que l'ordre public répond à *un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société*, qui, comme par exemple le respect du pluralisme, sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés, et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle. Or, ces exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes, pourraient impliquer, dans notre République, que, dès lors que l'individu est dans un lieu public au sens large, c'est-à-dire dans lequel il est susceptible de croiser autrui de manière fortuite, il ne peut ni renier son appartenance à la société, ni se la voir déniée, en dissimulant son visage au regard d'autrui au point d'empêcher toute *reconnaissance* »<sup>2</sup>.

Cette perspective normative, fondée sur la notion d'ordre public, nous semble rejoindre le rôle du concept stipulé de l'entente intersubjective au sein de l'œuvre contextualisatrice de l'abus de droit fondamental. La Haute juridiction administrative évoque justement *la nécessité d'écarter les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle*, des actes qui ne constituent pas l'exercice de droits fondamentaux. La notion de l'abus de droit serait susceptible de rendre ce raisonnement plus lisible, axé sur les exigences de la fondamentalité en tant que discours, et non sur les contorsions du concept d'ordre public.

**391.** Car, en 1995, dans une affaire des plus célèbres de la discipline juridique, le Conseil d'État s'est lui-même livré à une extension problématique de la notion d'ordre public, qui n'a eu de cesse d'alimenter les débats doctrinaux. Il s'agissait d'un requérant atteint de nanisme qui se produisait dans des spectacles dits de « lancer de nains ». De tels spectacles avaient essentiellement lieu en discothèques<sup>3</sup>, et consistaient à « lancer » le requérant à une courte

---

<sup>1</sup> CE, *Étude préc.*, p. 28.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 26-27 (*nous soulignons*).

<sup>3</sup> Ce qui n'est pas sans importance pour le Commissaire du gouvernement P. Frydman qui, au terme d'une appréciation concrète des faits litigieux, relève que la « connotation de mépris [du lancer de nain] se trouve renforcée par la circonstance – sur laquelle il convient tout particulièrement d'insister – que les lancers sont pratiqués, non par des artistes professionnels, mais par des spectateurs eux-mêmes, auxquels est ainsi donné la possibilité de se *défouler* en manipulant brutalement une personne handicapée, avec toute la cruauté inhérente à une telle démarche. Cette observation prend toute son importance lorsqu'on connaît le contexte concret dans lequel s'insèrent les spectacles incriminés. Ceux-ci sont, en effet, habituellement organisés dans des *discothèques* à forte

distance sur un matelas pneumatique. Une circulaire en date du 27 novembre 1991 prise par le ministre de l'Intérieur, et relative à ce type de spectacle, intimait aux préfets d'enjoindre les maires à user de leurs pouvoirs de police spéciale. Mais c'est contre un arrêté fondé sur les pouvoirs de police générale, par lequel le maire de la commune de Morsang-sur-Orge<sup>1</sup> avait interdit le spectacle de « lancer de nain », que l'intéressé formula un recours devant le tribunal administratif de Versailles. Le juge administratif annula l'arrêté du maire, réfutant le motif de préservation de la dignité humaine en l'absence de circonstances locales particulières. Ce faisant, il restait fidèle à une dogmatique établie, qui tolérait l'extension de la notion d'ordre public à des considérations de moralité<sup>2</sup> et de décence<sup>3</sup>, mais seulement en des circonstances spécifiques. Sinon, la compréhension normative de l'ordre public s'en tenait à des considérations matérielles et extérieures<sup>4</sup>, traditionnellement la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique, consacrées par le Conseil d'État, mais aussi par le juge constitutionnel<sup>5</sup> sur la base des pouvoirs de police municipale dorénavant prévus à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales. Ce triptyque structurant en matière de police administrative a son pendant étoffé au sein de la Convention EDH<sup>6</sup>, laquelle prévoit, au titre des motifs de restriction valide aux libertés fondamentales, la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits d'autrui, ou encore l'intégrité territoriale. Autant de justifications valides, nécessaires dans une société démocratique, qui intègrent des dimensions *a priori* immatérielles. Dans ses décisions du 27 octobre 1995<sup>7</sup>, le Conseil d'État a, lui, jugé que le respect de la dignité de la personne humaine est une

---

capacité, où les clients, plus ou moins ivres, sont invités à projeter le nain à la chaîne en s'en saisissant par une poignée à la manière d'une vulgaire valise » (« Conclusions sur Conseil d'État... », préc., pp. 1204 et s.).

<sup>1</sup> D'autres arrêtés similaires avaient été adoptés par les communes d'Aix-en-Provence ou du Doubs.

<sup>2</sup> CE, 17 déc. 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris*, Rec., p. 990 ; CE, 11 déc. 1946, *Dames Hubert et Crépelle*, Rec., p. 300 (concernant la fermeture de lieux de débauche et de prostitution) ; CE, 18 déc. 1959, *Société « Les Films Lutetia »*, Rec., p. 693 (concernant l'interdiction de diffusion, en raison de circonstances locales, de certains films à caractère immoral).

<sup>3</sup> CE, Ass., 4 fév. 1949, *Dame Veuve Moulis*, n° 91208, Rec., p. 52 (sur le contrôle du caractère décent des inscriptions portées sur les monuments funéraires) ; CE, 19 juin 1974, *Sieur Broutin*, Rec., p. 346 (sur la conformité aux bonnes mœurs de la dénomination des voies publiques ou privées dans une commune) ; CE, 30 mai 1930, *Beaugé*, Rec., p. 582 (concernant la réglementation de la tenue des baigneurs sur les plages).

<sup>4</sup> Au sens qu'en donnait M. Hauriou (cité par le Commissaire de gouvernement dans cette affaire) : « l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur (...). La police (...) n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel (...). En d'autres termes, elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées » (*Précis de droit administratif*, préc., 1927, p. 445).

<sup>5</sup> CC, 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, cons. 61.

<sup>6</sup> Art. 8 à 11 de la Convention EDH (§ 2).

<sup>7</sup> CE, Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, préc ; CE, Ass., 27 oct. 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 143578.

composante de l'ordre public, et que le fait de se faire lancer porte, « *par son objet même* », atteinte à la dignité. Contrairement aux affaires « Dieudonné » plus récentes<sup>1</sup>, pour lesquelles la Haute juridiction administrative a également évoqué le principe de dignité de la personne humaine, l'activité en cause n'était pas pénalement répréhensible. Néanmoins, sans que cela fasse obstacle au « respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie », l'autorité investie du pouvoir de police pouvait interdire le lancer de nain qui est, par lui-même, de nature à troubler une conception immatérielle de l'ordre public.

**392.** L'application du concept de l'abus de droit en l'espèce aurait consisté en la contextualisation pragmatique – interdiscursive et intersubjective – de l'acte de « se faire lancer ». Encore une fois, il s'agit de localiser correctement la signification juridique. Au terme de la contextualisation interdiscursive<sup>2</sup> inhérente à l'application du discours de la fondamentalité, et en conservant l'opportunité normative finale retenue en l'espèce par le Conseil d'État, il aurait pu être considéré, au nom du principe de dignité de la personne humaine, que le fait de se faire lancer ne constitue pas l'exercice d'une liberté fondamentale. Il constitue au contraire un abus de la liberté de travail et de la liberté du commerce et de l'industrie, telles qu'évoquées par la Haute juridiction administrative. Selon cette perspective normative, le fait social consistant à se faire lancer ne constitue pas plus un usage valide de la liberté d'exercer un emploi et du droit au respect de la vie privée garantis par les articles 5 § 1 et 8 de la Convention EDH<sup>3</sup>. Il ne peut non plus y avoir de discrimination dans l'exercice de ces droits<sup>4</sup>, puisque justement, en vertu du concept de l'abus, le fait social impliqué ne relève pas d'un droit fondamental. Le message normatif est alors sensiblement différent. Cette *charge confiée*<sup>5</sup>, que constitue le respect du principe de dignité de la personne humaine, n'incombe plus au destinataire des normes s'agissant de son acte en tant que tel, elle lui incombe

---

<sup>1</sup> CE, ord., 9 janv. 2014, *Ministre de l'Intérieur c/Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508 ; CE ord., 10 janv. 2014, *Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374528 ; CE ord., 11 janvier 2014, *Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374553.

<sup>2</sup> Une telle contextualisation interdiscursive fut d'ailleurs opérée par le Commissaire de gouvernement en l'espèce, lequel revendique au sein de « la conception doctrinale de la police administrative, (...) certaines incursions (...) des acquis fondamentaux de la morale sociale » (*Conclusions*, préc., VIII).

<sup>3</sup> Le requérant avait évoqué une ingérence à ces deux droits devant la Commission EDH, laquelle ne s'est pas prononcée au fond puisque les griefs soulevés devant elle ne l'avaient pas été devant le juge national. Dès lors, la requête ne satisfaisait pas la condition de l'épuisement des voies de recours internes conformément à l'article 27 § 3 de la Convention (Commission EDH, 16 oct. 1996, *Wackenheim c/France* (déc.), n° 29961/96).

<sup>4</sup> *Supra*. § 387.

<sup>5</sup> P. Ricœur cité par M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, préc., p. 2973.



dès lors qu'il considère que cet acte mérite la protection du discours de la fundamentalité. Les règles constitutives de la fundamentalité ne s'appliquent pas à n'importe quel fait social, elles ne sont exigibles que des prétentions à exercer des droits fondamentaux. Autrement dit, il incombait au requérant, en l'espèce, de respecter les valeurs constitutives du discours de la fundamentalité *en tant qu'il prétendait que son acte constituait l'exercice d'une liberté fondamentale*.

**393.** La conséquence juridique est importante : le principe de dignité humaine, en tant que valeur objectivement constitutive de la fundamentalité, fonde les droits, il ne les restreint pas. Lorsque le destinataire des normes exerce une liberté fondamentale, il agit nécessairement en vertu du principe de dignité de la personne humaine en tant que concept objectif inhérent au discours de la fundamentalité. À l'inverse, la dignité humaine ne peut restreindre une liberté fondamentale, notamment au nom de l'ordre public. Elle empêche, au contraire, si l'on conserve l'opportunité normative retenue, de reconnaître au « fait de se faire lancer » la propriété d'une liberté fondamentale. La dignité de la personne humaine reste un fondement objectif à la liberté personnelle, tandis que le concept d'ordre public, qui doit être au mieux stabilisé au sein d'un ordre juridique libéral, est un complexe de restrictions valides aux droits fondamentaux. Selon cette perspective normative et cognitive, les deux ne se confondent pas. De même, il n'y a pas de dualité du principe de dignité humaine, qui serait tantôt du côté de la faculté tantôt du côté de la restriction, il y a seulement un concept objectif qui fonde le libre arbitre et, en droit, le bénéfice des libertés fondamentales. La responsabilité des principes objectifs de la fundamentalité n'est donc pas lestée au fait social, elle pèse en réalité sur la liberté *juridiquement conçue*. S'agissant du port du voile intégral, le Conseil d'État avait lui-même précisé que le principe d'égalité des hommes et des femmes n'avait pas vocation à être opposé à la personne elle-même, dans le cadre de l'exercice [valide] de sa liberté personnelle<sup>1</sup>. Sauf, comme le releva la Cour EDH, « à admettre que l'on puisse (...) prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux »<sup>2</sup>. À la fin, la charge du respect de la dignité humaine ne repose pas sur l'action individuelle elle-même, mais sur *la signification que lui confère l'ordre discursif de la fundamentalité en tant qu'exercice prétendu d'un droit*. L'utilisation de la notion de l'abus de droit en l'espèce aurait clarifié la signification juridique du fait de se faire lancer, ainsi que la signification concrète, dans ce

---

<sup>1</sup> CE, « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », préc., p. 20.

<sup>2</sup> Cour EDH, *S.A.S c/France*, préc., § 119.

contexte, des libertés fondamentales invoquées. Au passage, elle aurait épargné à la communauté d'interprétation du droit les tourments d'une conception paradoxale de la dignité<sup>1</sup>, qui fournit « tantôt la marque de commerce d'une éthique permissive, tantôt l'argument d'un interdit de changement »<sup>2</sup>.

**394.** Encore une fois, et de manière en apparence paradoxale, l'application du concept, et par suite de la notion de l'abus de droit fondamental, se révèle être la solution la plus conforme au libéralisme politique tel qu'il fonde l'ordre discursif de la fundamentalité. Certes, du point de vue du concept de l'abus, « se faire lancer » ne bénéficie pas du régime juridique des libertés fondamentales, sa réglementation en est d'autant facilitée, mais aussi circonstanciée. Ce qui paraît d'ailleurs plus adéquat au domaine de compétence de la police municipale, laquelle empêche toute interdiction systématique d'un spectacle itinérant. À travers le concept de l'abus, le discours juridique ne protège pas le fait de se faire lancer en tant que droit fondamental, mais *il ne se prononce pas non plus sur le caractère prétendument « indigne » de l'activité en tant que telle*<sup>3</sup>. L'attraction ne bénéficie pas du régime protecteur de la fundamentalité dans le cadre d'un contentieux concret, mais il n'est pas non plus d'interdiction *a priori* et systématique tant que l'activité n'est pas déclarée illicite par la loi pénale. En l'occurrence, cette forme d'indifférence du droit est la plus conforme au libéralisme d'après les articles 4 et 5 de la DDHC<sup>4</sup>. Il est des facultés d'action qui doivent être laissées à la liberté de conscience individuelle, sans coercition institutionnelle. Non seulement le péril de la

---

<sup>1</sup> À propos de cette décision, entre beaucoup d'autres : O. Cayla, « Le coup d'état de droit ? », *Le débat*, 1998/3, n° 100, pp. 108-133 ; C. Neirinck, « La dignité ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », dans *Éthique, Droit et Dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999, p. 45 ; G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », dans *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 61 ; J.P. Theron, « Dignité et liberté. Propos sur une jurisprudence contestable », *préc.*, p. 298 ; J.-M. Bruguier, « La dignité schizophrène ? », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1169 ; M. Canedo-Paris, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, p. 979 ; P. Frydman, « Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge. À propos de la dignité de la personne humaine », *RFDA*, 2015, p. 1100.

<sup>2</sup> T. De Koninck, G. Larochelle, *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Paris, PUF, 2005, p. 11.

<sup>3</sup> Un caractère indigne que le Commissaire de gouvernement Frydman n'hésite pas à rattacher non seulement aux personnes qui se prêtent à l'attraction, mais également aux seuls spectateurs : « On pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisable que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes » (*Conclusions*, *préc.*, V).

<sup>4</sup> « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » (art. 4) ; « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » (art. 5).

censure abusive aurait été évité, mais l'ordre juridique aurait ainsi pu maîtriser plus subtilement les évolutions naturelles du concept interdiscursif de dignité<sup>1</sup>, en les intégrant directement au sein du processus de signification des droits fondamentaux eux-mêmes.

**395.** En ce qui concerne ces deux affaires significatives, la performance discursive du phénomène juridique nous semble être améliorée par le recours au concept de l'abus de droit fondamental. Un concept qui est lui-même amené à s'adapter, à évoluer, à atteindre une forme de maturité théorique et pratique à propos de la fundamentalité. En tant que principe d'interprétation des droits fondamentaux, le concept aiguisé ses dispositions normatives au fur et à mesure de son application. De manière réflexive, la signification juridique de la fundamentalité est éclairée par l'action cognitive du concept de l'abus de droit. Enfin, une utilisation accrue de la notion symbolique de l'abus de droit fondamental impliquerait une acception plus étroite de la fundamentalité, redonnant ainsi au concept une forme de radicalité logique plus conforme à la protection prioritaire dont sont censés bénéficier ces droits.

---

<sup>1</sup> Tout en défendant cette solution, le Commissaire de gouvernement Frydman avait mis en garde les juges du Conseil d'État quant au rattachement du concept de dignité humaine à celui d'ordre public. Le premier est « susceptible de varier, dans une certaine mesure, suivant les conceptions éthiques et les appréciations subjectives de chacun. Aussi le danger d'une éventuelle utilisation abusive de votre jurisprudence d'aujourd'hui par certains maires, qui ne manqueraient pas de mettre en péril la liberté d'expression, doit-il être sérieusement pris en considération » (*Conclusions*, préc., IX).

\*

\* \*

**396.** Devant l'ampleur du phénomène de la fundamentalité, de sa complexité croissante, et de la tentation liberticide à l'instrumentaliser, la communauté d'interprétation du discours juridique est confrontée, plus que jamais, à la nécessité logique de distinguer ce qui constitue un droit fondamental de ce qui n'en constitue pas. La notion de l'abus de droit est susceptible de répondre à cet enjeu cognitif, essentiel à la performance normative du discours juridique. Si le concept de l'abus se distingue par ses dispositions pragmatiques complexes, la notion, elle, est une marque d'autorité dans le langage du droit positif. Lorsqu'un interprète authentique use de la notion de l'abus de droit fondamental, il stigmatise clairement le fait litigieux comme n'étant pas l'exercice valide d'un droit. Cette marque d'autorité, accentuée sur un plan procédural par l'irrecevabilité de la requête impliquant un fait abusif, a des vertus pédagogiques et symboliques à l'échelle de l'ordre juridique dans son ensemble. Il s'agit de préserver la signification juridique des droits fondamentaux contre ces faits liberticides et malgré tout prétendants, qui portent atteinte à l'intégrité et à l'effectivité du discours de la fundamentalité. La notion d'abus cultive ainsi l'intelligibilité des droits fondamentaux au sein même du processus normatif concret, ce qui permet d'éviter, par ailleurs, les ambiguïtés dogmatiques et autres contorsions conceptuelles préjudiciables au bon fonctionnement du phénomène juridique.

## Conclusion du titre 1

**397.** En phase avec les enjeux contemporains de la fundamentalité, l'action conceptuelle de l'abus de droit est devenue incontournable à l'activité normative pratique. D'abord, à l'échelle du processus normatif concret, la contextualisation pragmatique qu'elle implique est susceptible de démasquer le liberticide particulier et souvent dissimulé, dont l'action sociale normative prétend, en dépit de tout bien-fondé juridique, à la protection du discours de la fundamentalité. Par ailleurs, à mesure de la complexification de l'environnement social et des diverses formes d'institutionnalisation, le discours juridique à l'ère mondialisée peut être confronté à certaines pratiques liberticides systémiques, que le droit positif, dans sa structure générale et nécessairement imparfaite, contribue parfois à favoriser. Là encore, la contextualisation pragmatique de l'abus de droit est de nature à trouver un équilibre logique au sein de relations juridiques objectivement déséquilibrées, suivant les exigences interdiscursives et intersubjectives de la fundamentalité. Fidèle à l'infrastructure de ce discours, le concept de l'abus se révèle être également un serviteur inattendu de la liberté, lorsque les autorités normatives, publiques comme privées, instrumentalisent la signification des droits fondamentaux pour asseoir leur projet liberticide.

**398.** Du reste, la portée juridique de l'abus de droit fondamental ne s'en tient pas à l'activité normative pratique étroitement entendue. À la fonction conceptuelle de police de la signification répond la fonction notionnelle de police du langage. Au sein du langage juridique, la notion de l'abus de droit délivre un message normatif et cognitif qui préserve autant l'intégrité que l'effectivité du discours des droits fondamentaux. D'un point de vue normatif, la notion d'abus exclut avec autorité et sans ambages du langage des droits les faits litigieux qui ne respectent pas les règles constitutives de la fundamentalité. En même temps, d'un point de vue cognitif, en désignant ces faits comme n'étant pas constitutifs de droits fondamentaux, elle informe sur ce que les droits fondamentaux sont véritablement. Il apparaît, dès lors, que le concept de l'abus de droit fondamental renferme un potentiel épistémique inégalé à propos de la signification de la fundamentalité.

## Titre 2. Le concept de l'abus de droit et les enjeux cognitifs de la fondamentalité

399. L'abus de droit a été décrit jusque-là comme un concept normatif au sein du discours de la fondamentalité, qui se prononce sur la validité juridique d'une prétention normative à exercer un droit. Seulement, les concepts normatifs en droit ne sont pas seulement les rouages essentiels à l'activité normative pratique. Du fait de sa structure discursive, le droit est un phénomène réflexif qui porte une connaissance sur sa propre action normative. Une connaissance dont l'importance s'accroît logiquement à mesure que les modalités normatives deviennent plus complexes, tel que l'implique le phénomène de la fondamentalité. En tant qu'ils sont constitutifs du discours, les concepts, et notamment celui de l'abus de droit, sont donc également source de connaissance. Ils renferment de précieuses informations sur le fonctionnement du droit.

400. De ce point de vue, le concept de l'abus de droit fondamental est tout à fait particulier. Il est doté d'une portée cognitive spéciale en ce qu'il se prononce directement et explicitement sur la signification des droits. La contextualisation pragmatique qu'il met en œuvre est *significative*, elle détermine concrètement la validité du fait social prétendant en tant qu'exercice d'un droit fondamental. Dès lors, le concept de l'abus se prononce autant sur *le sens du fait litigieux en droit* que sur *le sens du droit allégué en fait*. C'est cette seconde direction du sens juridique qui intéresse particulièrement ici la perspective cognitive, et ses développements quelque peu théoriques. Simplement, le concept de l'abus est à même de délivrer une connaissance privilégiée sur la signification concrète de la fondamentalité (chapitre 1) à partir des prétentions normatives des destinataires de droits (chapitre 2).

## Chapitre 1. Des enseignements du concept de l'abus de droit sur la signification des droits fondamentaux

401. Le concept est une loi pour le discours. Ses propriétés sont à la fois prescriptives (*la régulation*) et descriptives (*la régularité*)<sup>1</sup>. L'abus de droit fondamental oriente, en son champ d'application, la normativité pratique de la fundamentalité. Or, cette fonction *d'orientation*<sup>2</sup>, de *boussole* normative, n'est rendue possible que par la connaissance, intégrée au concept lui-même, à propos du phénomène dont il a la tâche d'orienter la signification. De manière réflexive donc, le concept dit quelque chose du discours dans lequel il s'inscrit, il *cristallise une représentation*<sup>3</sup> de la réalité juridique environnante. Concrètement, le concept de l'abus de droit signifie un raisonnement logique au sein de la communauté d'interprétation de la fundamentalité : la contextualisation interdiscursive et intersubjective du fait social litigieux afin de *savoir* si ce fait consiste *effectivement* en l'exercice d'un droit. Un tel raisonnement suppose, à l'évidence, une certaine connaissance, même implicite, de ce que constitue la fundamentalité d'un point de vue matériel, formel et institutionnel. Et pour cause, le raisonnement objet du concept de l'abus est *significatif*, c'est-à-dire qu'il détermine ce qui relève ou non d'un droit fondamental.

402. Dès lors, en matière d'abus de droit, l'enjeu de la signification présente un intérêt pratique immédiat. La formule est maintenant connue, le concept de l'abus de droit fondamental fait figure de *police de la signification* des droits fondamentaux. En prenant pour objet le fait prétendant du destinataire, son action conceptuelle revient à contrôler si l'usage allégué d'un droit ne résulte pas d'une mauvaise compréhension de son sens véritable. Ainsi, *le concept de l'abus oriente l'enjeu de la signification de la fundamentalité vers l'usage des droits* (section 1). L'appréhension de la signification juridique par l'usage peut faire craindre à la science du droit d'être renvoyée au monde instable des faits sociaux, à l'univers de la contingence et de la pluralité. Le processus de signification de la fundamentalité est en réalité beaucoup plus

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, *Le ciment des choses...*, préc., p. 344.

<sup>2</sup> G. Tusseau, « Critique d'une métonymie fonctionnelle (la notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle») », *RFDA*, 2009, p. 641.

<sup>3</sup> J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, p. 16. De manière générale, pour A. Ross, « nos concepts sont les outils par lesquels nous rendons compte de la réalité, de sorte que connaître le concept c'est connaître notre conception de la réalité » (cité par P. Brunet, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification du droit », dans *Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?* É. Millard (dir.), *Droit et société* (vol. 50), 2002, p. 20).

complexe. Il obéit indéniablement à des lois logiques qui définissent le phénomène juridique, et auxquelles répond le concept de l'abus de droit. Néanmoins, en dernière analyse, le prisme conceptuel de l'abus est formel : la signification de la fundamentalité doit concéder à l'irréductible indétermination (section 2).

## **Section 1. Le concept de l'abus de droit ou la signification de la fundamentalité orientée vers l'usage des droits**

« *Il n'y a guère que ce cas unique d'une pensée philosophant sur la liberté où il soit utile que la réflexion atteigne l'acte, l'action dans son accomplissement même* »<sup>1</sup>.

**403.** La théorie de l'abus de droit a toujours été associée à l'enjeu de l'interprétation<sup>2</sup>. En matière de fundamentalité, la notion formule une authentique directive d'interprétation<sup>3</sup>. Selon l'interprète privilégié de la Convention EDH, l'article 17 empêche « une personne de *déduire* de la Convention un droit de se livrer à des activités visant à la destruction des droits et libertés »<sup>4</sup>. Ainsi, d'un point de vue cognitif, le concept de l'abus prend pour objet *l'inférence* opérée par le destinataire entre *sa croyance* à propos des droits fondamentaux et *la prétention* à la validité juridique de son action. Simplement, il y a abus de droit lorsque le destinataire des normes se fourvoie dans la signification du droit invoqué. C'est la raison pour laquelle l'expression « abus de droit » est un abus de langage. L'objet réel du concept, nous le savons à présent, n'est pas le droit subjectif en tant que concept juridique, mais son usage allégué en tant que fait social. La dogmatique juridique à propos de l'abus de droit a tendance à entretenir cette ambiguïté, notamment lorsqu'elle évoque « les limites internes » au droit. L'acte abusif serait celui qui outrepasserait le « cadre normal »<sup>5</sup> de l'exercice d'un droit. Or, il est difficile de comprendre comment ce cadre pourrait être fixé *a priori*, avant la considération de l'usage. Par définition, s'il est le cadre d'exercice, il ne peut être établi que lorsque le droit est exercé. L'abus

---

<sup>1</sup> H. Bergson, *L'évolution du problème de la liberté. Cours au Collège de France (1904-1905)*, Paris, PUF, 2017, p. 67. Il ne s'agit pas, ici, de revendiquer « une intuition pure des essences (...) comme une inspiration ou une illumination subite », mais de s'attacher à l'effort « spécifique et constant pour nous arracher à la distance qui nous sépare des objets, et pour nous rendre capables d'une saisie claire et distincte » (A. Reinach, « De la phénoménologie », p. 56 cité par R. Ponsard, « "Objectivité" et autonomie du droit en question dans *Les fondements a priori du droit civil* d'Adolf Reinach. Prolégomènes : "qu'est-ce qu'être reinachien en droit" ? », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie* préc., p. 155).

<sup>2</sup> P. Comanducci, « El abuso del derecho y la interpretación jurídica » (1998), *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 107.

<sup>3</sup> *Supra.* § 156.

<sup>4</sup> Commission EDH, 24 juin 1996, *Pierre Marais c/France*, n° 31159/96 (*nous soulignons*).

<sup>5</sup> Cf. not. CPJI, 25 août 1925, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, préc.



de droit, à son tour, ne peut être prononcé qu’au regard de *la manière* dont le droit est exercé. Aussi, ce n’est qu’en considérant l’exercice, l’usage, que peuvent être appréciées l’intention du destinataire et la conformité de son acte à la finalité du droit. Le débat de la frontière des droits est donc mal posé, il ne se situe pas *a priori* de l’usage, mais *a posteriori*, si bien que l’usage précéderait la signification juridique concrète.

**404.** À cet égard, il convient de se demander pourquoi la communauté d’interprétation du discours juridique, des interprètes authentiques aux théoriciens de la notion, nomme-t-elle « abus de droit » ce qui est en réalité *l’abus de la prétention factuelle à exercer un droit* ? Outre des considérations de praticité du langage, que révèle cette assimilation du concept de droit subjectif à l’usage qui en est fait par les destinataires des normes juridiques ? Le langage du droit positif semble identifier, dans l’usage, la signification concrète d’un droit. En quelque sorte, du point de vue de la signification des droits fondamentaux, « faire, c’est dire » (§ 1). En même temps, il est certain que la signification du phénomène de la fundamentalité ne peut se réduire à celle des usages concrets de droits, pris isolément, et par définition déjà accomplis. À l’aune du prisme conceptuel de l’abus, si l’usage reste la référence de la signification des droits fondamentaux, cette signification le dépasse au profit d’un processus continu (§ 2).

## § 1. La signification d’un droit fondamental à travers son usage concret

**405.** Sous l’effet de la fondamentalisation du droit, la doctrine semble avoir redécouvert le contrôle concret<sup>1</sup>. Elle en étudie les principes et les enjeux normatifs. Ceux-ci sont parfois classiques : le rôle du contexte factuel d’application de la norme, la liberté d’interprétation du juge, l’adéquation du droit positif au réel social à régir, et généralement la question de savoir dans quelle mesure les sources normatives formelles déterminent la solution d’un litige. Les écoles sont connues et les nuances en la matière deviennent difficiles à appréhender, quant à savoir si la source formelle est déterminante ou n’a aucune importance, une importance

---

<sup>1</sup> Bien que « rarement notion de droit constitutionnel a été aussi imprécise que celle de contrôle abstrait ou concret » (M. Carpentier, « Pour de nouveaux “modèles” de justice constitutionnelle », *RIDC*, 2016, n° 1, pp. 179-219). Spécialement en matière de contrôle de conventionnalité ou de constitutionnalité *a posteriori*, cf. entre beaucoup d’autres : D. Botteghi, A. Lallet, « De l’art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, p. 2416 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d’abstrait », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, p. 211 ; J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l’application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *RFDA*, 2017, p. 855 ; S. Roussel, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 2021, p. 780.

équivalente à d'autres considérations – sociales, éthiques ou psychologiques, ou bien une importance instrumentale en tant que point de départ de l'argumentation juridique. Autant de problématiques qui se rapportent, *in fine*, à la structure discursive du droit et à l'enjeu de sa signification<sup>1</sup>.

**406.** En matière d'abus de droit particulièrement, la considération du concret doit être introduite à sa juste valeur cognitive. La contextualisation de la prétention à exercer un droit s'analyse effectivement, d'un point de vue cognitif, comme une contextualisation de la *proposition de signification concrète de ce droit par le destinataire* (A). La validité de cette proposition est appréciée, aux termes d'une activité de police de la signification, par l'interprète authentique (B).

*A. L'usage d'un droit allégué par le destinataire des normes : une proposition de signification concrète de ce droit*

**407.** Le caractère paradoxal de la dénomination n'empêche pas le concept de l'abus d'être opératoire au sein du discours de la fondamentalité, ni la notion d'être relativement performante. À l'évidence, si l'expression « abus de droit » est utilisée, et non pas « abus de l'usage d'un droit », « abus de l'exercice d'un droit » ou, ce qui serait plus correct, « abus de la prétention à exercer un droit », ce n'est pas uniquement pour des considérations de simplicité communicationnelle et de raccourci de langage<sup>2</sup>. Cet emploi révèle, plus fondamentalement, que la communauté d'interprétation du discours juridique assimile en pratique l'usage d'un droit à sa signification. Selon la Cour EDH :

« Dans les affaires relatives à l'article 10 de la Convention, [l'article 17] ne doit être employé que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par *un usage* du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A. Marmor, S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of language in the Law*, préc., p. 3.

<sup>2</sup> Le Conseil constitutionnel dans ses décisions, utilise alternativement l'expression « abus de la liberté d'expression » et « abus de l'exercice de la liberté d'expression » (not. CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC, §§ 4 et 5).

<sup>3</sup> Cour EDH [GC], 15 oct. 2015, *Perinçek c/Suisse*, préc., § 114, nous soulignons.

Aussi, l'image de la « déchéance » du droit comme sanction de l'abus est révélatrice de la confusion opérée entre l'usage revendiqué par un destinataire et la signification concrète du droit. La Cour de Strasbourg se voit alors dans l'obligation de préciser que la déchéance du droit dont il est fait abus n'ôte en aucune façon la protection générale conférée par la Convention EDH<sup>1</sup>.

**408.** Le rapport établi en droit entre l'usage et la signification suppose, avant toute chose, un certain rapport du langage au monde. Les études philosophiques à propos du langage, tournées essentiellement vers l'enjeu sémantique durant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, se sont justement intéressées à la façon dont le langage pouvait dire des choses sur le monde, comment des énoncés vrais portent une connaissance du monde. La seconde moitié de ce siècle fut, au contraire, marquée par l'étude du langage en tant que forme d'action<sup>2</sup>. « Le langage n'est pas le miroir du monde ; il nous permet d'accéder au monde »<sup>3</sup>. Il est un moyen de communication qui permet de faire des choses dans un contexte social<sup>4</sup>. Le langage n'est plus cantonné à une fonction descriptive d'état de choses, mais est au contraire susceptible de les constituer. « *Quand dire, c'est faire* », selon les acquis de la philosophie austinienne<sup>5</sup>, appuyés notamment sur la philosophie du droit<sup>6</sup>. En ce sens, le locuteur accomplit une performance, un certain type d'acte social<sup>7</sup>. Un tel accomplissement n'a plus nécessairement à voir avec des considérations de *vérité*, mais tient davantage à des conditions de *félicité*. Or, le concept de l'abus de droit fondamental, qui prend pour objet le fait, témoigne de l'existence d'un processus inverse au sein de la signification juridique. Ce concept met en lumière la façon dont le fait

---

<sup>1</sup> Not. Commission EDH, 19 déc. 1959, *Lawless c/Irlande*, préc.

<sup>2</sup> B. Ambroise et S. Laugier, « Introduction générale » dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, pp. 9-33.

<sup>3</sup> J. Habermas, *Parcours I*, préc., p. 15.

<sup>4</sup> L'influence de ce contexte social sur la signification d'un énoncé est souvent présentée de manière duale, sous la forme d'une opposition entre la sémantique, qui s'intéresserait au sens conventionnel des mots et à leur implication, et la pragmatique, qui prendrait en compte, au contraire, le contexte institutionnel et social d'énonciation. L'opposition simplificatrice, bien que pédagogique, ne restitue pas bien la façon dont les études sur la signification envisagent aujourd'hui, de manière complexe, l'interaction intrinsèque entre le sens conventionnel et les facteurs contextuels (K. Korta, J. Perry, « Pragmatics », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* E. N. Zalta (éd.) [en ligne], Spring 2020 Edition).

<sup>5</sup> J.L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Seuil, préc.

<sup>6</sup> La découverte par Austin des performatifs a effectivement été rendue possible grâce à un travail commun avec Hart sur la particularité des énoncés en droit (B. Ambroise, « La philosophie du langage de J.L. Austin : ce que la parole fait », *Philopsis* [en ligne], 2015) comme l'atteste un séminaire tenu à Oxford après la Guerre (S. Laugier, « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 2004/4, t. 67, p. 607).

<sup>7</sup> « En énonçant sérieusement une phrase dans une situation de communication, un locuteur accomplit, selon Austin, un certain type d'acte social, défini par la relation qui s'établit, au moyen de l'énonciation, entre le locuteur et l'auditeur » (F. Recanati, *Les énoncés performatifs*, Paris, Seuil, 1981, p. 19).

social du destinataire des normes, qui est prétendument l'exercice d'un droit, est appréhendé au sein du discours juridique comme *un contenu propositionnel de signification de ce droit*<sup>1</sup> – *Quand faire, c'est dire*. Cette proposition de signification du droit est bien initiée par le destinataire lui-même lorsqu'il réclame l'application du discours de la fondamentalité à son fait social. D'un point de vue normatif, l'interprète authentique apprécie, à travers le concept de l'abus de droit, la validité de ce passage du fait au droit. D'un point de vue cognitif, il s'agit d'apprécier la validité d'une proposition de signification du droit au regard de son sens véritable. Nous y reviendrons, la considération de la vérité est ici inébranlable.

**409.** La contextualisation de l'usage, tel qu'elle est opérée par le concept de l'abus, est donc une contextualisation d'un contenu propositionnel de signification du droit invoqué. Les acquis de la philosophie du langage ont montré, là encore, comment l'appréhension du contexte de l'usage était nécessaire à la compréhension de la proposition<sup>2</sup>. Au sein du discours juridique en particulier, le destinataire des normes envisage des objectifs pragmatiques derrière l'acte d'énonciation. Il veut se voir reconnaître la protection du droit invoqué. Le passage du fait social prétendant au langage juridique est évidemment opéré de manière stratégique par le destinataire, quand il ne dissimule pas franchement des logiques insincères. On l'a vu à propos du concept de l'abus, le sens véritable de la proposition de signification du droit avancée par le destinataire dans le langage juridique doit être cherché du côté de la manière dont ce droit prétendu a été exercé dans *les faits*<sup>3</sup>. Il s'agit bien moins de *l'usage dans le langage*, c'est-à-dire la manière dont le sujet de droit invoque le droit – même si son argumentation juridique a pour finalité d'orienter la décision de l'interprète authentique, que de *l'usage dans les faits*, c'est-à-dire comment le droit invoqué est utilisé *en pratique*, dans l'environnement social.

**500.** À l'évidence, le processus compréhensif de l'assertion du destinataire n'est pas équivalent à ce que l'on retrouve dans le langage ordinaire. L'interprète authentique doit déterminer la *signification juridique* de la prétention du destinataire des normes. La proposition de signification du droit impliqué doit alors être comprise d'un point de vue juridique, c'est-à-dire être contextualisée par le discours juridique et *ses règles constitutives*<sup>4</sup>. En ce sens, la prise

---

<sup>1</sup> Ce n'est pas un phénomène propre au droit si l'on pense, comme Grimaldi, que « la conscience tend à transmuier toute expérience en langage » (*Le Désir et le Temps*, p. 384 cité par C. Lapierre, « Le fondement imaginaire du perçu chez Merleau-Ponty et Grimaldi », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 87, 2015/3, p. 368).

<sup>2</sup> J.L. Austin, « The Meaning of a Word » dans *philosophical Papers*, Oxford, OUP, 1979, pp. 55-75.

<sup>3</sup> *Supra.* §§ 279 et s.

<sup>4</sup> *Supra.* § 271.

en compte du contexte discursif de l'usage détermine *la signification complète*<sup>1</sup> du contenu propositionnel en droit. La prise en compte du contexte discursif – linguistique et extralinguistique – de l'usage est justement la fonction du concept de l'abus de droit, à travers son contrôle pragmatique du fait litigieux. Le concept détermine la signification juridique du fait social et, par là même, la signification du droit dans un certain contexte d'action<sup>2</sup>.

**501.** Si l'action conceptuelle de l'abus vise à déterminer la signification juridique de l'usage par un même procédé dynamique de contextualisation, il peut être envisagé, en méthode, deux étapes de ce processus cognitif :

(1) Une étape *compréhensive*, qui désigne l'intelligibilité première du fait social considéré. Le contexte factuel immédiat de l'usage est alors pris en compte. En matière de liberté d'expression, la Cour EDH s'intéresse à « la tonalité générale » du propos, à son « sens général » au regard de son « contexte immédiat et plus général ». Cette contextualisation factuelle immédiate oriente la signification juridique de l'usage au sein du discours de la fondamentalité. Dans l'affaire *M'Bala M'Bala c/France* déjà évoquée, le *contenu*, la *tonalité générale* et le *but* du « sketch » ont fait perdre à l'événement « son caractère de spectacle de divertissement pour devenir un meeting »<sup>3</sup>. Le régime spécialement protecteur de la liberté d'expression en matière artistique n'était donc plus applicable. De manière générale :

« Ce n'est qu'en procédant à un examen attentif du contexte dans lequel les propos offensants sont tenus que l'on peut établir une distinction pertinente entre des termes choquants et insultants – qui relèvent de la protection de l'article 10 – et ceux qui ne méritent pas d'être tolérés dans une société démocratique »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> P.F. Strawson, « Meaning and Context » (1970), dans *Entity and Identity*, Oxford, OUP, 1997, pp. 216-231, trad. B. Ambroise dans *Philosophie du langage*, préc., pp. 59-79.

<sup>2</sup> J. Habermas, *Parcours 1 (1971-1989)*, préc., pp. 29 et s.

<sup>3</sup> Cour EDH, *M'Bala M'Bala c/France* (déc.), *supra*. § 263.

<sup>4</sup> Cour EDH, 8 oct. 2008, *Vajnai c/Hongrie*, n° 33629/06, § 53. Aussi, dans une affaire où un requérant avait utilisé des symboles nazis pour attirer l'attention sur le traitement prétendument discriminatoire que l'agence pour l'emploi avait réservé à sa fille, la Cour EDH a considéré que ce comportement dans un pays comme l'Allemagne, dont *l'histoire constitue un facteur de poids*, justifie la déchéance du droit à la liberté d'expression (Cour EDH, 13 mars 2018, *Nix c/Allemagne* (déc.), n° 35285/16). La Cour analyse parfois le contexte des propos litigieux sous un titre spécial dans son argumentation : 2 sept. 2021, *Sanchez c/France*, n° 45581/15, § 81. La Cour de cassation, de son côté, considère que pour apprécier le caractère diffamatoire ou injurieux des propos litigieux, le juge doit se fonder « sur toutes les circonstances, même extrinsèques », « qui sont de nature à révéler leur véritable sens » (Crim., 16 oct. 2012, n° 11-82.866 ; Crim., 26 mai 2021, n° 20-80.884).

De toute évidence, le contexte factuel oriente l'appréhension juridique de la situation litigieuse, si bien qu'un même fait peut, dans des contextes d'application différents, ne pas revêtir la même signification en droit. Le caractère public ou notoire d'une personne influe sur la protection dont sa vie privée peut bénéficier<sup>1</sup>, la liberté d'expression n'a pas la même portée selon la personne à qui s'adressent les propos litigieux<sup>2</sup> et le cadre dans lequel elle est exercée<sup>3</sup>. Réciproquement, du point de vue des restrictions valides, le port du burkini dans les Alpes-Maritimes ou en Corse ne constitue pas le même danger pour l'ordre public, si bien que les tenues vestimentaires manifestant de manière ostentatoire une appartenance religieuse peuvent faire l'objet d'une interdiction sur les plages de Sisco<sup>4</sup>, mais non sur celles de Villeneuve-Loubet<sup>5</sup>. Tous les contextes ne se valent pas, ils signifient différemment l'action individuelle en droit. La contextualisation factuelle ouvre la voie à la signification concrète de l'usage du droit allégué au regard du discours de la fundamentalité.

(2) Une étape *significative (stricto sensu)*, désignant l'application du système de signes que constitue le phénomène de la fundamentalité<sup>6</sup> au fait contextualisé. L'ordre discursif de la fundamentalité est effectivement un système signifiant, qui attribue à l'usage prétendant une *information décisive*<sup>7</sup> quant à son sens en tant qu'exercice d'un droit fondamental. Par exemple, s'agissant de la liberté d'expression, un interprète privilégié du discours de la fundamentalité indique, du plus général au plus précis, qu'il s'agit d'une liberté constituant « l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ». Elle vaut « non seulement pour les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ». Toutefois, toute personne qui exerce sa liberté d'expression assume des « devoirs et responsabilités dont

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c/France*, préc., § 117, *supra*. § 275.

<sup>2</sup> Les limites de la critique admissible à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, sont plus larges qu'à l'égard d'un simple particulier (Cour EDH, 27 oct. 2020, *Kiliçdaroglu c/Turquie*, n° 16558/18, § 43), « à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens, et il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance » (Cour EDH, 15 juin 2021, *Ömür Çağdaş Ersoy c/Turquie*, n° 19165/19, § 53).

<sup>3</sup> Ainsi, « certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail » (Cour EDH, 15 juin 2021, *Melike c/Turquie*, n° 35786/19, § 43), *supra*. §§ 323 et s.

<sup>4</sup> CAA Marseille, 3 juil. 2017, *Ligue des droits de l'homme*, n° 17MA01337.

<sup>5</sup> CE, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et Association de défense des droits de l'homme et collectif contre l'islamophobie en France*, n° 402742.

<sup>6</sup> *Supra*. §§ 20 et s.

<sup>7</sup> A. Marmor, S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of language in the Law*, préc., p. 3.

l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé »<sup>1</sup>. Bien évidemment, en miroir de la situation factuelle à régir, la signification du droit applicable s'affine. Ainsi, en matière journalistique, la protection de la liberté d'expression « est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base des faits exacts et fournissent des informations “fiabiles et précises” dans le respect de la déontologie journalistique ». Ces considérations jouent d'ailleurs « un rôle particulièrement important de nos jours, vu le pouvoir qu'exercent les médias dans la société moderne, car non seulement ils informent, mais ils peuvent en même temps suggérer, par la façon de présenter les informations, comment les destinataires devraient les apprécier. Dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations, circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d'auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue »<sup>2</sup>. Enfin, suivant l'usage allégué, la signification se concrétise. Concernant la publication par un journaliste d'informations confidentielles, la liberté d'expression et en particulier la liberté de la presse « est d'autant plus importante » qu'elle intervient dans des circonstances pour lesquelles « les activités et les décisions étatiques, en raison de leur nature confidentielle ou secrète, échappent au contrôle démocratique ou judiciaire. Or la condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut dissuader les professionnels des médias d'informer le public sur des questions d'intérêt général. En pareil cas, la presse pourrait ne plus être à même de jouer son rôle indispensable de “chien de garde” et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie »<sup>3</sup>. Ainsi, la dialectique entre la dogmatique de la fondamentalité, axée autour de l'énoncé normatif applicable, et le fait social prétendant, correctement appréhendé, génère du contenu significatif sur le droit invoqué. À la fin du processus de signification, le fait social contextualisé constitue l'exercice valide ou non valide d'un droit. D'un point de vue cognitif, soit l'usage en question est significatif de ce qu'est concrètement le droit invoqué, soit il est significatif, toujours concrètement, de ce qu'il n'est pas.

**502.** Le concept de l'abus de droit fondamental est donc une œuvre de signification concrète d'un droit. Là réside d'ailleurs, on l'a vu, son intérêt normatif : il est un moyen pour l'interprète authentique de maîtriser explicitement et pédagogiquement la signification

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Handyside c/Royaume-Uni*, préc., § 49.

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 10 déc. 2007, *Stoll c/Suisse*, n° 69698/01, §§ 102-104.

<sup>3</sup> *Ibid.*, §§ 102-110.

juridique. Dans le cadre d'un contrôle concret, le juge, à travers le concept de l'abus, indique la manière dont les droits doivent être exercés dans les faits, comme une condition impérative à l'*invocation* du langage de la fundamentalité. De ce point de vue, la fundamentalité est un langage comme un autre : « dire ce qu'un mot signifie dans un langage revient à dire ce qu'il est en général optimal, pour les locuteurs de ce langage, de faire avec ce mot, ou de quelle manière ils doivent l'utiliser, quelles intentions particulières il est correct ou optimal d'avoir en telles ou telles occasions particulières »<sup>1</sup>. Seulement, en matière de fundamentalité, discours normatif et institutionnel à l'échelle de la société dans son ensemble, la correcte utilisation du langage est moins une affaire de caractère optimal pour la communication ordinaire qu'une condition nécessaire de l'entente intersubjective. Le langage de la fundamentalité n'est pas à la libre disposition du destinataire des normes. En position de locuteurs lorsqu'ils prétendent exercer un droit, les destinataires sont contraints d'utiliser le langage des droits conformément aux règles constitutives de la fundamentalité en tant que discours juridique, dont la logique matérielle, formelle et institutionnelle est fortement déterminée. Autrement dit, le concept de l'abus fait apparaître dans le langage des droits les règles constitutives du discours de la fundamentalité. Le juge valide ou invalide les significations proposées par les destinataires des normes à l'aune de ces règles constitutives. Il aiguille, ainsi, la signification juridique concrète des droits fondamentaux.

*B. L'interprétation authentique de la proposition de signification du droit par l'usage : l'enjeu du pouvoir du juge*

**503.** Le pouvoir d'interprétation du juge est un enjeu qui parcourt les réflexions sur le phénomène normatif concret en général. La question est inévitable s'agissant du concept de l'abus de droit. En matière constitutionnelle, « même consacré par des normes écrites ou admis par la jurisprudence ou la doctrine, l'abus de droit apparaît comme une notion entre les mains de l'interprète des situations juridiques découlant de l'application de la constitution »<sup>2</sup>. Nombreux furent les spécialistes de la notion à le reconnaître : la « doctrine de l'abus de droit libère le juge »<sup>3</sup>. La contextualisation impliquée par le concept est effectivement significative. En se prononçant sur la validité du fait litigieux, l'interprète authentique détermine ce en quoi

---

<sup>1</sup> H.P. Grice, « Meaning Revisited », dans *Mutual Knowledge* N.V. Smith (éd.), New York, Academic Press, 1982, rééd. dans *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard UP, 1989, pp. 283-303, trad. française F. Pataut dans *Philosophie du langage* préc., p. 322.

<sup>2</sup> L. Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préc., p. 43.

<sup>3</sup> N. Lipari, « On abuse of rights and Judicial Creativity », dans *The Italian Law Journal* (vol. 3), 2017, n° 1, p. 55.



consiste concrètement le droit allégué et porte ainsi plus loin sa signification. À travers le concept de l'abus de droit, le juge assume un rôle de structuration du discours de la fondamentalité, il préserve l'intégrité et l'effectivité de sa signification. Il n'y a pas là matière à révolutionner la controverse sans fin sur les pouvoirs du juge, cet acteur de la « solidarité sociale »<sup>1</sup>, « roi moderne du cas particulier »<sup>2</sup>, qui s'est vu attribuer une « mission immense »<sup>3</sup> à travers la maîtrise de la signification juridique concrète. Une controverse encore ravivée par la spécificité normative des droits fondamentaux.

**504.** Certes, la singulière indétermination sémantique des droits fondamentaux est peu contestable. Certes, également, d'un point de vue pragmatique, le contexte social d'énonciation n'a jamais paru aussi indéterminé. Les sociétés européennes forment aujourd'hui un cadre de référence axiologique pluraliste et complexe, l'air du temps est celui du « post », notamment métaphysique<sup>4</sup>. Certes, enfin, le discours de la fondamentalité mobilise des valeurs, il est le langage du fondement. Dès lors, les cas concrets qui se jouent en matière de droits fondamentaux ne peuvent se réduire à des situations particulières, casuistiques et insignifiantes, à des « cas difficiles » exceptionnels ou marginaux. Au contraire, l'application du discours de la fondamentalité, chargée des fondements de l'ordre juridique, fait de chaque litige concret un enjeu de principe. La responsabilité du juge s'en trouve d'autant valorisée. Malgré cela, une analyse logique du processus de signification des droits fondamentaux, telle que révélée par le concept de l'abus de droit, est de nature à démystifier quelque peu la question des pouvoirs du juge.

**505.** Le pouvoir social de l'organe juridictionnel à travers la maîtrise de la signification juridique concrète suscite effectivement, et sans doute légitimement d'un point de vue politique, une certaine méfiance<sup>5</sup>. Le débat a alors tendance à s'orienter vers l'éthique du juge, qu'elle

---

<sup>1</sup> L.-E. Pettiti, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention : de l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », dans *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, préc. p. 33.

<sup>2</sup> R.A. Guibourg, « La balance de la justice et le système des poids et mesures », *Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue*, 2011, Aix-en Provence, *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, p. 82.

<sup>3</sup> G. Canivet, « Allocution d'ouverture de la 8<sup>ème</sup> Conférence des présidents des cours suprêmes du Conseil de l'Europe », Paris, 26 oct. 2006, *Cour de cassation* [en ligne].

<sup>4</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc.

<sup>5</sup> « The alternative, however, should not be to rely on the intuition of the judge, as if the judge were the grand priest of a new religion, possessor of some unspeakable truth invisible to common mankind » O. De Schutter et F. Tulkens, *The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*, préc., p. 171.

soit personnelle ou institutionnelle<sup>1</sup>. À cet égard, ce qui a pu être nommé la *crise de l'interprétation*<sup>2</sup> en droit révèle essentiellement un enjeu de localisation entre le politique, l'éthique et le juridique. Le concept de l'abus, de son côté, a déjà révélé en quoi le cadre de référence du contrôle de l'usage d'un droit fondamental excédait les considérations juridiques étroitement entendues, suivant les dispositions interdiscursives de la fundamentalité elle-même. Il a aussi montré son aptitude à rendre normative une conception de la justice en tant qu'équilibre éthique et logique, à l'image d'un *correctif équitable*<sup>3</sup> dont il peut être fait le procès de l'arbitraire et du mépris de la cohérence systémique<sup>4</sup>. Sans doute un faux procès du reste, tant l'abus de droit fondamental formule une directive d'interprétation de la fundamentalité dans son ensemble, ce qui en fait un véritable *principe directeur et régulateur*<sup>5</sup> du phénomène juridique. Autrement dit, l'abus de droit n'est pas la notion arbitraire à laquelle une partie significative de la doctrine veut l'assimiler. Il est un concept qui contient l'objectivité logique du discours juridique lui-même.

**506.** Le pouvoir d'appréciation du juge en matière d'abus de droit fondamental, s'il est réel et même décisif dans une perspective normative concrète, doit être relativisé par l'objectivité logique de la fundamentalité, laquelle agit comme *la contrainte du réel juridique* sur le raisonnement de l'interprète authentique<sup>6</sup>. D'abord, l'axiologie objective des droits fondamentaux est connaissable. Elle est cette infrastructure discursive à laquelle l'interprète authentique est lié en droit et en culture. Ensuite, la discussion des valeurs de la fundamentalité est le fait de toute la communauté d'interprétation du discours, dans le cadre d'un processus d'arrière-plan permanent, et ne se résume pas à une balance des intérêts pratiques au sein du processus normatif concret. C'est la communauté d'interprétation dans son ensemble qui a la charge de la vérité du droit.

---

<sup>1</sup> J. Rawls, *Political liberalism. With a new introduction and the "Reply to Habermas"*, Columbia UP, 1996, pp. 10 et s. ; J. Chavallier, « Les interprètes du droit », préc., pp. 259-282.

<sup>2</sup> M. Rosenfeld, *Les interprétations justes*, préc.

<sup>3</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, préc., pp. 265-266 ; J. Saada, « Pour une théorie impure du droit ? La déconstruction, entre interprétation et politique », *Jurisprudence revue critique*, préc., p. 66.

<sup>4</sup> C. Atias, « Le déclin de l'argument de justice », Actes du Séminaire *théories du droit, théories de la justice*, préc., p. 16. Pour l'auteur, le droit ne pourrait se passer de la justice, « mais il est préférable de ne pas le dire ».

<sup>5</sup> S. Goyard-Fabre, « Re-penser le rationalisme dans son rapport à la justice », *Jurisprudence revue critique*, p. 34.

<sup>6</sup> D'après E. Picard, « cette autonomie partielle du droit [logique mais pas nécessairement matérielle] (...) signifie simplement que le droit ne peut pas endurer toutes les flexions que la souveraine liberté des législateurs ou la souveraine appréciation des juges pourrait vouloir lui imprimer : il a sa résistance propre, qui interdit de lui faire dire ce que l'on veut, comme il a sa force et son inspiration propres, qui engendrent ses normes ; et celles-ci sont vraiment obligatoires sans que pourtant aucune autorité ne les ait jamais posées : elles se coulent d'elles-mêmes dans la raison du droit » (« L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, p. 911).

« Dans ce jeu complexe de production de sens, la juridiction constitutionnelle [notamment] n'est qu'un des acteurs, celui qui oblige les autres à argumenter leur lecture de tel ou tel énoncé, à étayer la prétention à la validité de leur interprétation, qui soumet à la critique la pertinence des arguments et qui sanctionne par sa décision la signification de l'énoncé constitutionnel à laquelle, au moment où elle intervient, l'échange a permis d'aboutir. En apparence, la signification se donne à voir comme une création arbitraire du juge comme, par exemple, la « création » du principe de dignité de la personne humaine par la décision du 27 juillet 1994. Mais, en amont, un formidable travail herméneutique mené au sein des assemblées parlementaires, des juridictions nationales et européennes, des comités et académies savants, de la doctrine, des associations politiques, syndicales ou « sociétales », de la presse aussi, a préparé ces « créations » constitutionnelles »<sup>1</sup>.

Le juge dialogue avec d'autres interprètes, il inscrit son action dans un espace de discussion et d'argumentation juridiques dont il doit lui-même respecter les règles constitutives. L'ordre discursif en droit est un espace de contraintes, mais aussi d'aide à l'interprétation. Le juge est aidé dans sa tâche par le système de connaissance *inhérent* au phénomène juridique, abondé notamment par la doctrine<sup>2</sup> et généralement par l'ensemble des interprètes spécialisés. Aussi, en matière d'abus de droit, l'activité cognitive du Comité de l'abus de droit fiscal et de la Commission des clauses abusives sert l'œuvre normative du juge, quand elle ne fonde pas directement sa décision<sup>3</sup>. Par ailleurs, les considérations « polémiques » en droit, tenant, entre autres, à l'équité, à la moralité, à une conception philosophique de la justice peuvent simplement être les objets d'une connaissance rationnelle au sein de l'ordre dogmatique autonome du discours juridique. *Ces forces au sein du discours*<sup>4</sup>, l'interprète authentique ne les

---

<sup>1</sup> D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées* [en ligne], 19 sept. 2008.

<sup>2</sup> Selon Ch. Perelman, « on ne peut rendre compte de la vie réelle du droit sans reconnaître cette interaction de la jurisprudence et de la doctrine, où la connaissance et la volonté collaborent intimement pour satisfaire dans la mesure du possible, à la fois, nos besoins de sécurité et d'équité » (*Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, p. 572). Pour le « nouveau formalisme juridique » également, la doctrine en droit fournit « les moyens de contenir le flux libre de la signification juridique », maintenant ainsi « l'autonomie du droit comme pratique » (S. Fish, *There's No Such Thing as Free Speech...*, préc., p. 151 cité par M. Rosenfeld, *Les interprétations justes*, préc., p. 41) quitte à ce que le récit doctrinal ait quelque chose de fictif dans ce qu'il appelle « le droit tel qu'il est » (D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008, p. 8). Cette connaissance doctrinale peut intégrer directement le raisonnement de l'interprète authentique en matière de droits fondamentaux. Ainsi, les travaux de R. Alexy ont-ils été repris explicitement par les juridictions constitutionnelles allemande et colombienne (V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 129).

<sup>3</sup> *Supra*. §§ 148, 150.

<sup>4</sup> V.B.N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Paris, Dalloz, 2011, p. 27 cité par V. Forray et S. Pimont, *Décrire le Droit...*, préc., p. 44.

identifie pas toujours. Pourtant, entre références textuelles obligatoires et pratiques discursives incontournables, le code du droit repousse au plus irréductible l'éthique de l'interprète authentique. Au sein de la fondamentalité, le juge inscrit son raisonnement méthodique dans un univers sémantique et pragmatique balisé. De surcroît, l'organe d'application du droit est soumis à la contrainte de l'argumentation générale, il ne peut faire que ce qui est justifiable dans son principe et dans son application. Même lorsque l'argumentation est novatrice, elle reste constructive et non oraculaire<sup>1</sup>. À la fin, il ne faut pas sous-estimer les dispositions cognitives et normatives du discours juridique à baliser un raisonnement logique<sup>2</sup>.

**507.** Si le juge, en réalité, doit faire preuve de vertus dans son œuvre de signification concrète de la fondamentalité, ce sont moins les seules vertus éthiques qui sont en cause, que *des vertus proprement épistémiques*. À l'évidence, nombre de ces vertus appartiennent aux deux registres<sup>3</sup>, mais l'interprète authentique devra surtout faire preuve d'aptitudes vis-à-vis de la connaissance juridique, c'est-à-dire inscrire logiquement sa décision et son argumentation au sein de l'ordre dogmatique que constitue le droit. Il s'agit là d'une *performance dynamique*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, préc., § 138. Ce qui n'est pas bien éloigné de la réflexion de R. Dworkin, selon laquelle « l'attitude du droit [en général] est constructive : elle vise, dans l'esprit d'interprétation, à superposer le principe à la pratique pour montrer la meilleure voie vers un meilleur avenir, tout en respectant, comme il convient, la fidélité au passé. C'est pour finir, une attitude fraternelle, une expression de la façon dont nous sommes unis dans une collectivité, tout en étant divisés dans nos projets, nos intérêts et nos convictions » (*L'empire du droit* (1986), Paris, PUF, 1994, p. 449).

<sup>2</sup> G. Kalinowski, « Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens », dans *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 47. Sans doute O.W. Holmes a tort, au moins en partie, lorsqu'il affirme que « the life of the law has not been logic : it has been experience » (*The common law*, Londres, Macmillan & Co, 1882, p. 21). En réalité, la possibilité même d'une expérience essentielle à l'œuvre normative résulte d'une logique juridique préalable qui permet de concevoir ce qui relève effectivement de l'expérience utile. M. Merleau-Ponty avait justement remarqué que « l'empirisme ne voit pas que nous avons besoin de savoir ce que nous cherchons, sans quoi nous ne le chercherions pas ». En même temps, « l'intellectualisme ne voit pas que nous avons besoin d'ignorer ce que nous cherchons, sans quoi, de nouveau, nous ne le chercherions pas » (*La phénoménologie de la perception*, préc., p. XVI). Simplement, il est un nécessaire travail théorique de fondation du savoir pratique, et en droit du savoir juridique (F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ*, 2016, p. 279), comme une « invention d'un pouvoir de conférer aux choses le pouvoir de conférer à l'expérimentateur le pouvoir de parler en leur nom » (I. Stengers, *L'invention des sciences modernes*, Paris, La Découverte, 1993, p. 102).

<sup>3</sup> S. Virvidakis, « Sur la relation entre vertus épistémiques et vertus éthiques » (Les vertus épistémiques), *Séminaire au Collège de France* [en ligne], 9 mars 2016. Selon la tradition aristotélicienne : « courage et humilité intellectuelle, ouverture d'esprit, capacité de jugement, sagesse et prudence », mais aussi « industrie (desir de travailler durement), patience, intégrité, sens de ce qui est essentiel et de ce qui est accessoire, scrupule, réalisme (sens de ce qui est faisable), impartialité, indépendance, considération pour les autres ». « Quand ces vertus et capacités font défaut, ou quand on ne se comporte pas en conformité avec elles, on illustre diverses variétés de vices intellectuels : paresse, hâte ou impatience, manque de jugement, vanité, dogmatisme, absence d'indépendance, sottise » (P. Engel, *Les vices du savoir*, préc., p. 23).

<sup>4</sup> C. Tiercelin, « Les vertus épistémiques », *Cours au Collège de France* [en ligne], 2 mars 2016.

qui repose sur des dispositions à bien connaître la norme, la dogmatique juridique, mais aussi *le sens* des faits sociaux à régir. En matière d'abus de droit, la performance dynamique du juge s'étend à une compréhension optimale du contexte intersubjectif et interdiscursif. C'est la raison pour laquelle, de tout temps, les études sur le concept de l'abus de droit se sont appesanties sur le rôle du juge dans la sphère sociale, et notamment sur sa légitimité à convoquer des considérations plus strictement éthiques, politiques, voire économiques. Les vertus *intellectuelles* dont doit faire preuve le juge n'appartiennent donc pas au seul domaine de la déontologie professionnelle<sup>1</sup>, mais relèvent de sa capacité à appréhender correctement le cadre social de référence d'application du discours juridique. Dans la détermination du sens des droits, le concept de l'abus fait remonter à la surface de la normativité concrète les fondements interdiscursifs de l'ordre juridique et de la communauté politique.

**508.** Les vertus épistémiques que doit mobiliser le juge n'en font pas pour autant un observateur omniscient, idéalement neutre vis-à-vis du phénomène juridique. Au contraire, le juge est un participant au *jeu du droit*<sup>2</sup>, mettant en œuvre sa responsabilité et s'engageant dans un processus décisionnel. Les interprètes authentiques ne cherchent pas le sens véritable d'un énoncé juridique pour le plaisir de la connaissance, ils ont pour fonction d'élaborer une règle afin de trancher un litige<sup>3</sup>. L'apport cognitif est indissociable de la visée normative. La démarche de connaissance au sein du processus normatif concret est résolument orientée vers une finalité normative pratique. En droit, la fixation du sens s'inscrit dans la force de la décision<sup>4</sup>. L'engagement du juge – par ses croyances sur le droit, par la conception de sa fonction – est un élément indispensable à la compréhension du phénomène de la fondamentalité. Un engagement qui ne peut être porté qu'à travers une conception, même minimale, de la *vérité juridique*, y compris à propos des valeurs inhérentes à l'infrastructure des droits fondamentaux<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> N. Havas, « Prise de conscience éthique, le juge et la démocratie », dans *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions*, préc., p. 15.

<sup>2</sup> B. Frydman, « Le droit comme savoir et comme instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *RRJ*, n° 31, 2017/5, préc., p. 1816. Réf. à L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (1956), trad. fr. *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2005.

<sup>3</sup> « La jurisprudence manifeste cependant la nécessité où se trouvent les juristes d'interrompre régulièrement et provisoirement cette discussion pour prendre une décision en vue de régler un problème pratique et concret » (B. Frydman, préc., p. 1819).

<sup>4</sup> J.-F. Kervégan, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1995-27, pp. 57 et s.

<sup>5</sup> Selon un juge à la Cour EDH, en matière de liberté d'expression : « la possibilité de régler un discours du fait de son seul contenu et les restrictions ainsi apportées à ce discours reposent sur l'idée que certains propos vont

509. De manière générale, s'agissant du concept de l'abus de droit, l'interprète authentique apprécie la validité d'une proposition de signification du droit au regard *de son sens véritable*. Pour signifier le droit fondamental revendiqué, le juge détermine les conditions dans lesquelles l'assertion du destinataire est vraie ou fausse d'un point de vue juridique<sup>1</sup>. La *valeur de vérité*<sup>2</sup> de l'énoncé propositionnel formulé par le destinataire revendiquant un droit fondamental dépend effectivement de la frontière, maniée concrètement par l'interprète authentique, entre ce qui relève du discours de la fundamentalité et ce qui n'en relève pas. En fait, et au moyen du concept de l'abus de droit, l'organe d'application détermine ce que les droits fondamentaux permettent et ce qu'ils ne permettent pas. Dès lors, au sein même de l'activité normative pratique, et du point de vue de la signification juridique, le juge est nécessairement mû par une conception de la *vérité en droit*. Ce qui n'est pas anodin en matière d'abus de droit fondamental, tant la fundamentalité est un discours qui aspire lui-même au statut de vérité politique au sein des sociétés libérales<sup>3</sup>. Une conception de la vérité en droit qui ne se rapporte ni aux idées poussiéreuses d'un droit naturel omniscient ni à la simple volonté du législateur ou du constituant, laquelle est, tout au plus, une vérité historique<sup>4</sup>. La vérité en droit, loin d'être relative, est dynamique comme le discours, elle est une vérité de la logique juridique qui anime sa communauté d'interprétation. Le juge sait son raisonnement faillible : l'horizon peu signifiant des droits fondamentaux invite à construire plus qu'à déduire les solutions, les usages peuvent être novateurs et expriment parfois des revendications politiques et sociales non consensuelles, la probabilité d'interprétations authentiques contradictoires s'en trouve accrue, qui plus est dans une si large communauté de discours, à l'échelle régionale, voire internationale. Les interprètes authentiques de la fundamentalité avancent sur le sens des droits

---

à l'encontre de l'esprit de la Convention. Mais un « esprit » ne propose pas des standards clairs et ouvre la porte aux abus. Les êtres humains, y compris les juges, tendent à qualifier les opinions qui ne leur conviennent pas de proprement inadmissibles et, partant, à les exclure de la sphère de l'expression protégée. Or, c'est justement lorsque nous sommes confrontés à des idées qui provoquent notre haine ou notre dégoût que notre jugement doit être le plus réfléchi dans la mesure où nos convictions personnelles risquent d'influencer nos idées sur ce qui est véritablement dangereux. Lorsque des propos passent pour avoir une valeur infime au point de ne pas nous aider *dans notre quête de la vérité*, cela doit être démontré de façon indéniable et dans le cadre particulier des circonstances de l'espèce » (*Opinion dissidente du juge A. Sajó* sous l'arrêt Cour EDH, *Féret c/Belgique*, préc., nous soulignons).

<sup>1</sup> « Reconnaissons, le principe cardinal que les mots peuvent seulement être éclairés en considérant les conditions sous lesquelles les énoncés dans lesquels ils ont leur usage caractéristique sont vrais » (H.L.A Hart, *Concept of Law*, préc., p. 47 cité par J.-Y. Chérot, « L'analyse des concepts en droit sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, préc., 2013, XXXVII (145), p. 2275).

<sup>2</sup> D. Lewis, « Scorekeeping in a language-game », *Journal of Philosophical language*, vol. 8, 1979, pp. 339-359, trad. D. Chapuis-Schmitz dans *Philosophie du langage*, préc., p. 339.

<sup>3</sup> *Supra.* § 74.

<sup>4</sup> H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », dans *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 17.

avec précaution, sans minimiser les objections à leurs partis pris ni les ambiguïtés qu'ils devront surmonter<sup>1</sup>. Quand bien même, ensemble, les membres de la communauté d'interprétation juridique fonctionnent comme une communauté de savants à la recherche du vrai dans la signification du droit. À cet égard, qu'il s'agisse des interprètes authentiques ou des destinataires des normes, nous y reviendrons, la connaissance théorique sur le droit a peut-être tendance à trop se focaliser sur la rationalité des propositions juridiques, en délaissant quelque peu la rationalité pratique à l'œuvre dans la mise en ordre, par les acteurs du système, du discours juridique. En effet, le concept de discours ne renvoie pas seulement à un système fixé de signes, en droit sous forme de normes et de propositions normatives, mais désigne également des pratiques discursives<sup>2</sup> et des processus de signification qui dépendent de la rationalité pratique des interprètes. Ce mode pratique de rationalité, mobilisé par le concept de l'abus de droit fondamental, est d'autant plus important que la signification juridique est une œuvre perpétuelle.

---

<sup>1</sup> Comme le démontre les opinions séparées qui ont cours dans de nombreuses juridictions en matière de droits de l'homme (Cf. not. F. Ost, « Originalités des méthodes d'interprétation de la CEDH », préc., p. 407 ; F. Rivière, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme : essai d'analyse théorique*, Thèse, Montpellier 1, 2004). D'ailleurs, sur la question de la motivation, « la Cour réticente à motiver pleinement sa décision n'est pas nécessairement nonchalante ou fainéante, mais comprend peut-être que ce qu'elle dit aujourd'hui la contraindra demain » (F. Schauer, S. Goltzberg, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, 2018, p. 183).

<sup>2</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., p. 71.

## § 2. La signification continue des droits au sein de la communauté d'interprétation de la fundamentalité

**510.** Le concept de l'abus met en lumière la façon dont l'usage d'un droit est porteur de signification. Tant d'un point de vue cognitif que normatif, il aiguille cet usage propositionnel de sens vers ce qui est véritablement significatif d'un droit ou vers ce qui est, au contraire, significatif du non-droit. De sorte que seul l'usage valide est signe du droit allégué (A). Cette fixation du sens du droit sur l'usage peut faire craindre une dissémination de la signification juridique. Les signes particuliers et concrets déborderaient l'*a priori* sens global du droit. En réalité, si l'action conceptuelle de l'abus de droit est d'aiguiller, alors elle consiste effectivement en une *orientation* de la signification à partir de l'usage. Or, une telle orientation n'est possible que parce que le sens du droit comme objectivité logique préexiste à l'usage contextuel. Il y a donc ici une continuité dans le rapport entre usage et signification, une constitution mutuelle et complexe qui s'opère au sein de la communauté d'interprétation du discours. L'usage social novateur étant lui-même significatif, ce *continuum* de la signification des droits fondamentaux semble infini, et par là même irréductiblement indéterminé (B).

### A. *L'usage valide, un signe du droit invoqué*

**511.** À travers le concept de l'abus de droit fondamental, l'interprète authentique se prononce sur la validité de l'usage du droit allégué en tant que proposition de signification de ce droit. Un usage qui est contextualisé au regard des faits de la cause, mais aussi de l'état du discours de la fundamentalité. La validité de cet usage contextualisé est significative de ce que peut être concrètement le droit allégué. Autrement dit, du point de vue de la signification juridique, l'exercice valide d'un droit est *un signe*<sup>1</sup> de l'objet du droit considéré. Par exemple, le droit pour un couple porteur sain de la mucoviscidose de recourir à un diagnostic génétique

---

<sup>1</sup> « Un signe, ou representamen, est quelque chose qui représente à quelqu'un quelque chose sous quelque rapport (*respect*) ou à quelque titre (*capacity*). Il s'adresse à quelqu'un, c'est-à-dire crée dans l'esprit de cette personne un signe équivalent, ou peut-être plus développé. Ce signe qu'il crée, je l'appelle l'interprétant du premier. Le signe représente quelque chose, son objet. Il représente cet objet, non sous tous les rapports, mais par référence à une sorte d'idée que j'ai appelée quelquefois le fondement (*ground*) du representamen » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 2, § 228 ; *supra*. §§ 21 et s.).



préimplantatoire est un signe du droit à la vie privée et familiale<sup>1</sup>. De même, selon la Cour EDH :

« le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, *pareil choix constituant une forme d'expression* de la vie privée et familiale »<sup>2</sup>.

Les modalités de l'usage valide d'un droit dans un contexte particulier constituent un signe de l'objet de ce droit dans le discours juridique en général. Si l'on reprend l'exemple de la vie privée *stricto sensu*<sup>3</sup>, une « notion large, non susceptible d'une définition exhaustive »<sup>4</sup>, qui peut « englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu »<sup>5</sup>, il apparaît que l'objet de ce droit est caractérisé au fur et à mesure de ses usages en divers domaines. Une autre manière de le dire est qu'un « droit fondamental est un concept de relation. Il acquiert sa signification précise – mais en même temps toujours révisable – en fonction des éléments structurant la situation où il est posé comme norme de référence »<sup>6</sup>. Ainsi, le droit à la vie privée vise l'intégrité physique et morale de la personne<sup>7</sup>, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle<sup>8</sup>, la maîtrise de son image, mais aussi le droit au développement personnel, le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur<sup>9</sup>, ainsi, généralement, que le droit à l'autodétermination en tant que tel<sup>10</sup>. En ces différents domaines, ce sont les usages opérés par les destinataires des normes qui donnent un sens au droit à la vie privée, ils sont autant d'*indices* sur sa signification *réelle*. C'est effectivement à travers les divers usages accomplis que l'on sait le droit à la vie privée applicable, entre autres, en matière de violence physique ou morale<sup>11</sup>, y compris sur Internet<sup>12</sup>,

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 11 fév. 2013, *Costa et Pavan c/Italie*, n° 54270/10. La Cour a relevé l'incohérence de l'état du droit italien qui privait les requérants d'un tel diagnostic alors qu'il les autorisait par ailleurs à effectuer une interruption médicale de grossesse pour cette pathologie.

<sup>2</sup> Cour EDH [GC], 3 nov. 2011, *S.H. et a. c/Autriche*, n° 57813/00, § 82, *nous soulignons*.

<sup>3</sup> C'est-à-dire, à l'exclusion des droits relevant de la vie familiale, du domicile et de la correspondance qui sont également prévus à l'article 8 de la Convention EDH.

<sup>4</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 61.

<sup>5</sup> Cour EDH [GC], 4 déc. 2008, *S. et Marper c/Royaume-Uni*, préc., § 66.

<sup>6</sup> F. Tulkens, « Controverses sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, préc., § 135, réf. à P. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, chap. 3.

<sup>7</sup> Cour EDH, *X et Y c/Pays-Bas*, préc., § 22.

<sup>8</sup> Cour EDH, 25 mars 1992, *B c/France*, n° 13343/87, § 63.

<sup>9</sup> Cour EDH, 31 janv. 1995, *Friedl c/Autriche*, n° 15225/89.

<sup>10</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc.

<sup>11</sup> Cour EDH, 15 déc. 2009, *E.S et a. c/Slovaquie*, n° 8227/04.

<sup>12</sup> Cour EDH, 11 fév. 2020, *Buturugă c/Roumanie*, n° 56867/15.

concernant l'interdiction de l'avortement<sup>1</sup>, la décision de devenir parent<sup>2</sup>, s'agissant des traitements médicaux forcés ou des lésions causées par un acte médical<sup>3</sup>, de l'obligation positive de sauvegarder l'intégrité mentale des individus<sup>4</sup>, de la possibilité d'obtenir une réparation du préjudice causé par une faute médicale<sup>5</sup>, de décider librement des conditions de sa mort<sup>6</sup>, d'assister aux obsèques d'un proche<sup>7</sup>, d'accéder à l'eau potable<sup>8</sup>, de protéger ses données personnelles<sup>9</sup>, son image<sup>10</sup>, sa réputation<sup>11</sup>, ses communications<sup>12</sup>, y compris avec son avocat<sup>13</sup>, d'accéder à des informations personnelles sur ses origines ou autres<sup>14</sup>, de la possibilité d'être informé sur son état de santé<sup>15</sup> et de la garantie de confidentialité de ces informations<sup>16</sup>, du droit à ne pas être fouillé par la police sans raison plausible<sup>17</sup>, etc. En l'occurrence, ce sont chaque fois les prétentions valides des destinataires des normes qui ont façonné le sens du droit à la vie privée. Les contextes factuels des usages valides viennent élargir le champ d'application du droit, jusqu'à le redéfinir matériellement lorsque la Cour EDH parle de droit à la « vie privée sociale » concernant l'application de l'article 8 à des activités professionnelles<sup>18</sup> et commerciales<sup>19</sup>. Logiquement, c'est aussi parce que l'usage est signe du droit que le discours juridique en général, et celui de la fondamentalité en particulier, peut s'adapter aux évolutions sociales et technologiques. En l'état, la signification juridique du droit à la vie privée correspond à la somme de ses usages actuels valides.

**512.** Le droit à la vie est aussi un exemple éclairant. Selon l'interprète privilégié de la Convention EDH, l'article 2, qui régit généralement l'usage délibéré ou intentionnel de la force meurtrière par des agents de l'État, vise non seulement l'homicide volontaire, mais

---

<sup>1</sup> Cour EDH [GC], 16 déc. 2010, *A, B et C c/Irlande*, n° 15579/05.

<sup>2</sup> Cour EDH, 30 oct. 2012, *P. et S. c/Pologne*, n° 57375/08.

<sup>3</sup> Cour EDH, 9 mars 2004, *Glass c/Royaume-Uni*, n° 61827/00.

<sup>4</sup> Cour EDH, 6 mai 2001, *Bensaid c/Royaume-Uni*, n° 44599/98.

<sup>5</sup> Cour EDH, 17 mars 2016, *Vasileva c/Bulgarie*, n° 23796/10.

<sup>6</sup> Cour EDH, 20 juin 2011, *Haas c/Suisse*, n° 31322/07.

<sup>7</sup> Cour EDH, 20 sept. 2018, *Solska et Rybicka c/Pologne*, n°s 30491/17 et 31083/17.

<sup>8</sup> Cour EDH, 10 mars 2020, *Hudorovič et a. c/Slovénie*, n°s 24816/14 et 25140/14.

<sup>9</sup> Cour EDH [GC], 4 mai 2000, *Rotaru c/Roumanie*, n° 28341/95.

<sup>10</sup> Cour EDH [GC], 17 oct. 2019, *López Ribalda et a. c/Espagne*, n°s 1874/13 et 8567/13.

<sup>11</sup> Cour EDH [GC], 7 fév. 2012, *Axel Springer AG c/Allemagne*, n° 39954/08.

<sup>12</sup> Cour EDH, 29 juin 2006, *Weber et Saravia c/Allemagne* (déc.), n° 54934/00.

<sup>13</sup> Cour EDH, 9 octobre 2012, *Alkaya c/Turquie*, n° 42811/06.

<sup>14</sup> Cour EDH [GC], 13 fév. 2003, *Odièvre c/France*, n° 42326/98.

<sup>15</sup> Cour EDH, 19 fév. 1998, *Guerra et autres c/Italie*, n°s 116/1996 et 735/932.

<sup>16</sup> Cour EDH, 25 fév. 1997, *Z c/Finlande*, n° 22009/93.

<sup>17</sup> Cour EDH, 28 juin 2010, *Gillan et Quinton c/Royaume-Uni*, n° 4158/05.

<sup>18</sup> Cour EDH [GC], 12 juin 2014, *Fernández Martínez c/Espagne*, n° 56030/07.

<sup>19</sup> Cour EDH [GC], 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi oy et Satamedia oy c/Finlande*, n° 931/13.

également les situations où il est permis d'avoir « recours à la force », pareil emploi de la force pouvant conduire à donner la mort de façon involontaire<sup>1</sup>. Suivant les usages qui ont été faits de ce droit, l'État a désormais l'obligation, non seulement, de s'abstenir de donner la mort de manière intentionnelle et illégale, mais également de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction<sup>2</sup>. Le droit à la vie peut également impliquer, dans des circonstances bien définies, une obligation positive pour les autorités de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui<sup>3</sup>, voire pour protéger l'individu contre lui-même<sup>4</sup>. Il renferme encore l'obligation procédurale de mener une enquête effective sur les allégations de violation de son « volet matériel »<sup>5</sup>. Par contre, en l'état actuel de la signification juridique, et selon un raisonnement non explicite de l'abus de droit, le droit à la vie n'implique pas un droit à mourir<sup>6</sup>. À la fin, les différents usages du droit à la vie signifient, ensemble, son objet réel.

**513.** Schématiquement, l'objet d'un droit fondamental ( $O_{DF}$ ) est chaque fois représenté sous un signe particulier ( $S^n$ ) qui correspond à un type d'usage valide. La signification de  $S^n$  – ou signification concrète du droit dans un contexte situationnel – est elle-même le produit des significations antérieures pertinentes de  $O_{DF}$  ( $xS^{n-1}$ ) confrontée au contexte d'application. L'usage valide  $S^n$  devient lui-même signifiant pour la détermination de  $O_{DF}$  à l'occasion d'un nouveau processus normatif concret ( $S^{n+1}$ )<sup>7</sup>. Selon ce schéma, le contexte de l'usage intègre le processus de signification des droits fondamentaux<sup>8</sup>, puisque chaque signifiant ( $S^{n-1}$ ) est lui-

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 27 sept. 1995, *McCann et a. c/Royaume-Uni*, n° 18984/91.

<sup>2</sup> Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/Royaume-Uni*, n° 14/1997/798/1001.

<sup>3</sup> Cour EDH, 28 oct. 1998, *Osman c/Royaume-Uni*, n° 23452/94.

<sup>4</sup> Cour EDH, 16 janv. 2009, *Renolde c/France*, n° 5608/05.

<sup>5</sup> Cour EDH [GC], 30 mars 2016, *Armani Da Silva c/Royaume-Uni*, n° 5878/08.

<sup>6</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc. Le droit à la vie oblige même les autorités nationales à empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'avait pas été prise librement et en toute connaissance de cause (20 juin 2011, *Haas c/Suisse*, préc.).

<sup>7</sup> Effectivement, l'usage valide devient à son tour un interprétant du droit signifié, il « n'est rien d'autre qu'une autre représentation qui reçoit, chemin faisant, le flambeau de la vérité ; et, en tant que représentation, il a de nouveau son interprétant. On le voit bien, c'est une autre série infinie » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol. 1, § 339 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signe*, chap. 4, § 52).

<sup>8</sup> Ce qui n'est pas bien éloigné des propos de P. Pichonnaz, pour qui, « chaque application apporte une densité normative supplémentaire à la norme. Le droit doit ainsi être compris nécessairement “en contexte”, mais ce contexte n'est pas extérieur au droit, il est le résultat du processus herméneutique qui crée le droit » (« La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, p. 130). De ce point de vue, la contextualisation inhérente à l'application de la fundamentalité n'est pas paradoxale avec l'aspiration de ce discours à l'universalité, elle est au contraire intégrée au projet universel par le biais d'un mode concret de normativité.

même le produit signifié d'une contextualisation concrète au regard des signifiants antérieurs pertinents ( $\times S^{n-2}$ ) et du contexte factuel d'application. Autrement dit, au sein du processus normatif concret tel que décrit par le prisme conceptuel de l'abus, le droit fondamental invoqué est chaque fois signifié de manière particulière en vertu de l'application du système de signes pertinent – fondé notamment sur les usages antérieurs – au fait social contextualisé, qui est lui-même un usage prétendant. À ce stade, la signification d'un droit fondamental particulier correspond à la somme de ses usages valides ( $O_{DF} = \Sigma S^n$ )<sup>1</sup>.

**514.** Le processus de signification d'un droit fondamental pour l'activité normative pratique met donc en relation des usages. Si bien que dans cette œuvre de signification concrète, *l'usage devient objet* du droit signifié. L'interprète authentique, afin de statuer sur la validité de l'usage prétendant, se réfère directement aux usages valides pertinents pour exprimer le sens du droit. Essayons de rendre ces suppositions plus claires à travers un exemple. Dans une affaire où un célèbre ancien joueur de football professionnel a été condamné par les instances juridictionnelles de la FIFA, du TAS, et par le Tribunal fédéral suisse à une interdiction générale d'exercer toute activité professionnelle liée au football national et international durant quatre ans, en raison de diverses infractions au Code d'éthique de la FIFA lorsqu'il était vice-président de l'instance, la Cour EDH a considéré que le droit à la vie privée était applicable<sup>2</sup>. Elle a alors exposé le sens concret du droit à la vie privée au regard de l'usage allégué par le requérant. Outre les considérations générales sur ce droit<sup>3</sup>, la juridiction de Strasbourg a d'abord rappelé que le droit à la vie privée peut s'étendre aux activités professionnelles, selon un *usage* désormais stabilisé, notamment depuis l'affaire *Fernández Martínez c/Espagne*<sup>4</sup>. Elle a ensuite précisé les conditions de l'usage du droit à la vie privée dans les litiges professionnels d'après une affaire plus récente :

« Dans de tels litiges, un licenciement, une rétrogradation, un refus d'accès à une profession ou d'autres mesures tout aussi défavorables peuvent avoir des répercussions sur certains aspects typiques de la vie privée. Parmi ces aspects figurent : i) le « cercle intime » du requérant, ii) la possibilité pour lui de nouer et de développer des relations avec autrui, et iii) sa réputation

---

<sup>1</sup> On retrouve logiquement ici la maxime pragmatiste : « considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet » (C.S. Peirce, « La maxime du pragmatisme » (1903), préc.).

<sup>2</sup> Cour EDH, 5 mars 2020, *M. Platini c/France* (déc.), n° 526/18.

<sup>3</sup> *Supra.* § 511.

<sup>4</sup> Cour EDH [GC], 12 juin 2014, préc.

sociale et professionnelle. Un problème se pose généralement au regard de la vie privée de deux manières dans le cadre de litiges de ce type : soit du fait des motifs à l'origine de la mesure en cause (auquel cas la Cour retient l'approche fondée sur les motifs), soit – dans certains cas – du fait des conséquences sur la vie privée (auquel cas la Cour retient l'approche fondée sur les conséquences). (...) Si l'approche fondée sur les conséquences est suivie, le seuil de gravité à atteindre pour chacun des aspects susmentionnés revêt une importance cruciale. C'est au requérant qu'il incombe d'établir de manière convaincante que ce seuil a été atteint dans son cas. Il doit produire des éléments prouvant les conséquences de la mesure en cause. La Cour ne reconnaîtra l'applicabilité de l'article 8 que si ces conséquences sont très graves et touchent sa vie privée de manière particulièrement notable »<sup>1</sup>.

En l'occurrence, la Cour a considéré que ce n'étaient pas les motifs à la base de la mesure litigieuse qui étaient en rapport avec la vie privée du requérant, mais la conséquence des actes qui lui ont été reprochés. *Elle retient donc l'approche fondée sur les conséquences, établie en vertu d'un usage antérieur et significatif du même droit*<sup>2</sup>. Le processus de signification du droit à la vie privée dans le discours du juge met donc en relation les usages pertinents de ce droit au regard de la nécessité normative pratique. Les significations juridiques concrètes sont en *interaction constante*<sup>3</sup> au sein de l'activité normative pratique. « Ce va-et-vient est guidé à la fois par l'individualité des cas et par ce qu'il y a de commun avec tous les cas semblables »<sup>4</sup>. De ce point de vue, l'œuvre signifiante de la fondamentalité par l'usage est assez proche de la logique du précédent<sup>5</sup>, y compris dans une perspective continentale où la place de l'énoncé est

---

<sup>1</sup> Cour EDH [GC], 25 sept. 2018, *Denisov c/Ukraine*, n° 76639/11, §§ 115-116.

<sup>2</sup> « À la lumière des arguments présentés par le requérant, la Cour est prête à admettre que l'intéressé, qui a passé et travaillé toute sa vie dans le milieu du football, peut effectivement se sentir considérablement affecté par l'interdiction d'exercer toute activité en lien avec le football durant quatre ans. La Cour accepte, premièrement, que les conséquences négatives de la mesure étaient susceptibles de se produire dans le cadre du « cercle intime » du requérant, qui s'est provisoirement vu interdit de gagner sa vie (...) dans le milieu du football, la seule source de revenus pendant toute sa vie, situation aggravée par la position dominante, voire de monopole de la FIFA dans l'organisation globale du football (...) et par son âge. Deuxièmement, elle estime que la sanction pouvait avoir un impact négatif sur la possibilité de nouer et développer des relations sociales avec autrui eu égard à la nature très large de la sanction prononcée, qui s'étend à « toute » activité liée au football. À cet égard, la Cour estime qu'il ne faut pas perdre de vue que le requérant était communément, dans le public et les médias, identifié par rapport au football. Enfin, la Cour considère comme probable que la sanction prononcée à l'encontre du requérant, comme par ailleurs chaque sanction d'un comportement socialement reprochable, a eu des effets négatifs sur sa réputation dans le sens d'une certaine stigmatisation. (...) Il s'ensuit que, eu égard à la particularité de la situation du requérant, le seuil de gravité exigé pour faire entrer en jeu l'article 8 de la Convention a été atteint » (*M. Platini c/France*, § 57).

<sup>3</sup> M. Van De Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 125.

<sup>4</sup> P.I. André-Vincent, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 143.

<sup>5</sup> M.A. Eisenberg, « The Principles of Legal Reasoning in Common Law », *Common Law Theory*, Cambridge University Press, 2007, p. 84.

tout de même préservée. « Dans la rigueur d'une épistémologie pragmatique, seule congrue au "droit en contexte", l'intellect n'abstrait point la règle à partir des cas particuliers mais distingue la régularité au sein même des cas, sans les quitter, sous les singularités »<sup>1</sup>. À travers l'activité dogmatique inhérente au discours, la signification de la fondamentalité s'en va simplement des énoncés normatifs aux usages sociaux, *et réciproquement*.

**515.** La signification concrète des droits fondamentaux est donc un processus complexe qui mobilise le réseau de signes constituant le phénomène de la fondamentalité. Le concept de l'abus a mis en lumière ce processus significatif du droit qui prend pour point de départ l'usage prétendant, pour opérer ensuite une contextualisation discursive, et donc réflexive. Cette contextualisation, mobilisant la rationalité pratique de l'interprète authentique et *ses aptitudes épistémiques*, s'appuie effectivement sur la connaissance établie au sein du discours. La réflexivité du droit, et de son processus de signification, est la faculté de ce discours, à travers sa communauté d'interprétation, à porter une connaissance sur lui-même. Ainsi, les *jurisdiseurs* « ne se contentent pas d'énoncer des règles juridiques (...), ils disent aussi en même temps ce qu'ils sont en train de faire »<sup>2</sup>. Le juge notamment, au sein du processus concret de décision, « précise ce qu'il est en train de faire, la nature de son acte de parole et les conditions dans lesquelles il agit ; cet autre dire est un métalangage par rapport au dire juridique lui-même »<sup>3</sup>. Un « métalangage », pourquoi pas, mais qui est bel et bien produit *au sein du droit*, et qui constitue autant le phénomène juridique. Dès lors, la signification d'un droit fondamental, nécessaire à la normativité juridique pratique, est en même temps un acte de connaissance *sur* le discours juridique et *dans* le discours juridique. Une autre manière de le dire est que la norme juridique concrète, qui en matière d'abus de droit se prononce explicitement sur la validité de l'usage, n'intègre pas seulement un ordre normatif, elle vient enrichir également un ordre dogmatique. Aussi, la Cour EDH rappelle régulièrement « que ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention »<sup>4</sup>. C'est pourquoi la signification normative d'un droit à l'occasion d'un litige concret est un signe de l'objet de ce droit dans le discours de la fondamentalité.

---

<sup>1</sup> A. Papaux, « Droit en contexte, droit exercé : la mètis ou les figures de l'habileté juridique », préc., p. 123.

<sup>2</sup> J.-Y Chérot, « Paul Amselek et la normativité en droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, préc., p. 2008 (réf. à P. Amselek, *Cheminements philosophiques*, spéc. p. 317).

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Cour EDH, 10 mai 2010, *Rantsev c/Chypre et Russie*, préc., § 197.

**516.** Les dimensions normatives et cognitives du discours juridique sont, ici encore, intrinsèquement liées. Elles s'enrichissent mutuellement sur le plan de la signification, et l'on comprend maintenant mieux pourquoi. Dans ce *continuum de la signification juridique* où l'usage valide d'un droit devient le signe de ce droit, puis son objet même dans une configuration normative postérieure, il apparaît que le droit se prend lui-même pour objet, tandis que la connaissance juridique, attachée au signe dans le processus de signification concret, se retrouve elle-même l'objet du droit lorsque le signe devient objet. Par exemple, en matière de liberté de religion, un certain nombre d'usages valides ont été l'occasion pour la Cour EDH de signifier le rôle de l'État en tant qu'organisateur « neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances », ce rôle contribuant « à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique »<sup>1</sup>. Le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est même « incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci »<sup>2</sup> selon les acquis d'autres usages. Aussi, ce devoir impose à l'État « de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent »<sup>3</sup>. « Dès lors, le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent »<sup>4</sup>. La connaissance formulée à propos du rôle de l'État lors des divers usages valides de la liberté de religion constitue aujourd'hui, sur cet enjeu précis, l'objet de l'article 9 de la Convention EDH. Cette conception de la signification juridique qui prend ancrage dans l'usage, incontestablement orientée par le prisme conceptuel de l'abus de droit, décrit un processus *hic et nunc* se reformulant sans cesse, perpétuellement inachevé, et donc, semble-t-il, irréductiblement indéterminé.

---

<sup>1</sup> Cour EDH, 10 nov. 2005, *Leyla Şahin c/Turquie*, préc., § 107.

<sup>2</sup> Cour EDH, 26 sept. 1996, *Manoussakis et a. c/Grèce*, n° 18748/91, § 47.

<sup>3</sup> Cour EDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et a/Turquie*, préc., § 57.

<sup>4</sup> Cour EDH, 14 déc. 1999, *Serif c/Grèce*, n° 38178/97, § 53.

## B. L'irréductible indétermination de la signification juridique des droits fondamentaux

« L'objet n'attend pas dans les limbes l'ordre qui va le libérer et lui permettre de s'incarner dans une visible et bavarde objectivité ; il ne se préexiste pas à lui-même, retenu par quelque obstacle aux bords premiers de la lumière. Il existe sous les conditions positives d'un faisceau complexe de rapports »<sup>1</sup>.

517. Si l'on en croit les enseignements cognitifs du concept de l'abus, qui fixe sur l'usage l'enjeu de la signification des droits, alors le processus de signification juridique semble s'inscrire dans la durée, au gré des usages sans cesse renouvelés. Un processus continu qui suppose en réalité, contre toute représentation statique du commencement, que le phénomène juridique lui-même soit en signes, et que l'objet du droit soit aussi configuré, au sein du discours, comme un signe<sup>2</sup>. La signification d'un droit fondamental parcourant ses usages valides, il est nécessairement une action traductrice menée par les interprètes authentiques. Précisément, une traduction publique de signes juridiques en d'autres signes juridiques<sup>3</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler la métaphore notoire du roman à la chaîne<sup>4</sup>. En d'autres termes, l'organe d'application du droit aménage la continuité de la signification juridique. L'enjeu de la signification ne se réduit donc pas à la seule compréhension sémantique des sources normatives formelles, mais s'étend à la *reconstruction générale du sens juridique communiqué par les*

---

<sup>1</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., p. 65.

<sup>2</sup> « Dire par conséquent que la pensée ne peut se produire en un instant, mais qu'elle requiert un temps, n'est qu'une autre façon de dire que toute pensée doit être interprétée dans une autre, ou que toute pensée est en signes » (C.S. Peirce, *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 31). Reprenons l'explication complète de C. Tiercelin : « Toujours pris, en effet, dans le réseau des signes et d'interprétations antérieures comme ultérieures, l'objet peircien renvoie, comme l'a montré Granger : "non à une chose isolée, mais à une structure symbolique dont il est lui-même un élément" [G.G. Granger, *Essai d'une philosophie du Style*, Paris, Armand Colin, 1968, p. 115]. L'indépendance de l'objet n'est donc jamais chez Peirce que la limite asymptotique de l'opération sémiotique : "Par objet, j'entends tout ce que nous pouvons penser, c'est-à-dire, tout ce sur quoi nous pouvons parler" [*The Annotated Catalogue of die Papers of C.S. Peirce*, R. Robin (éd.), Amherst, University of Massachusetts Press, 1967, n° 966]. En ce sens, tout référent est une sorte de cas limite fictif, déjà structuré par les règles du langage lui-même. D'abord, pour une raison ontologique forte, conforme au principe général du réalisme scotiste peircien, en vertu duquel « le réel est ce qui *signifie* quelque chose de réel », et qu'on ne peut donc aller au-delà du langage (...). Référent limite ensuite, parce que l'objet est saisi à partir d'un certain angle (le *ground*) qui fait « éclater » l'objet dans la représentation en une multiplicité d'aspects. Référent limite enfin, parce qu'il apparaît comme ce qui serait construit et idéalement représenté au niveau de l'interprétation finale, laquelle est par définition indéfiniment ouverte » (*La pensée-signe*, préc., §§ 41-44).

<sup>3</sup> D'une certaine façon, ce phénomène de traduction a pu être étudié à propos de la mise en œuvre des directives européennes, cf. J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2 t., 2017, 964 p.

<sup>4</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit*, préc., pp. 250 et s.



signes<sup>1</sup>. Or, les signes en droit ne sont pas seulement textuels. *Le concept de l'abus de droit fondamental a montré comment le fait social du destinataire des normes peut être significatif du droit invoqué.* De sorte que l'usage valide signifie le droit dans un contexte donné. Source formelle, dogmatique juridique, action individuelle, contexte social : *tout fait signe*<sup>2</sup> dans le processus normatif concret. L'imprécision des sources textuelles de la fundamentalité valorise les autres signes du discours, et ce magma signifiant ne peut qu'accroître l'indétermination. Une indétermination liée, en dernière analyse, à la manière dont ces signes *symboliques*<sup>3</sup> sont mis en relation.

« Le sens – et donc le droit – n'est ni tout dans le texte, comme le croyait le légalisme formaliste, ni tout dans les contextes d'application, comme le voudrait le réalisme radical, récemment relancé par la dérive nihiliste. Le droit, on le répète, n'est pas une « substance » (normative, selon le positivisme normativiste, ou empirique, selon le positivisme réaliste), mais un réseau de « relations » – tissé par les interprètes (sous le contrôle de la communauté interprétative) – entre le texte, le co-texte (l'environnement textuel qui l'entoure) et le contexte extralinguistique (les faits et les valeurs de la société) »<sup>4</sup>.

**518.** L'indétermination dans la signification de la fundamentalité n'est pas seulement liée au facteur contextuel, ou même à l'interaction entre des considérations sémantiques relatives au sens des textes et des considérations pragmatiques liées aux prétentions factuelles. Le concept de l'abus a aussi mis en lumière la façon dont les destinataires des normes, à travers leurs diverses prétentions à exercer des droits fondamentaux, créent de nouveaux usages de ces droits. Chaque usage valide permet d'enrichir l'horizon significatif d'un droit fondamental, et « s'y adjoignant, de faire système »<sup>5</sup>. Cette entreprise incessante reflète le caractère dynamique de la signification de la fundamentalité, la place laissée à de nouvelles significations pratiques, et ainsi l'irréductible indétermination du sens des droits. « La chaîne des interprétants est

---

<sup>1</sup> P. Amsselek, « L'interprétation à tort et à travers », dans *Interprétation et droit*, préc., p. 15.

<sup>2</sup> N. Grimaldi, *Le Désir et le Temps*, préc., p. 384 cité par C. Lapiere, « Le fondement imaginaire du perçu chez Merleau-Ponty et Grimaldi », préc., p. 368. La lecture pragmatiste peircienne est ici particulièrement éclairante, tant elle s'attarde moins sur la nature du signe, que sur son sens (C. Tiercelin, *Sémiotique et ontologie : repères historiques et perspectives contemporaines*, Cours au Collège de France [en ligne], 2018-2021).

<sup>3</sup> Pour Peirce, « un symbole est un signe qui perdrait le caractère qui fait de lui un signe s'il n'y avait pas d'interprétant. Ainsi n'importe quelle forme de discours ne signifie ce qu'elle signifie qu'en vertu de ce que l'on comprend qu'elle a cette signification » (*The Collected Papers*, préc., vol. 2, § 304 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signe*, chap. 4, § 28).

<sup>4</sup> M. Vogliotti, « Le “tournant contextuel” dans la science juridique », *RIEJ*, préc., p. 202.

<sup>5</sup> V. Forray et S. Pimont, *Décrire le Droit... Et le transformer...*, préc., p. 275.

potentiellement infinie »<sup>1</sup>, raison pour laquelle le droit à la vie privée notamment n'est pas susceptible d'une définition exhaustive<sup>2</sup>. Les évolutions sociales et technologiques en particulier rendent nécessaires de nouveaux usages et suivant de nouvelles significations pratiques, plus précises et plus élaborées. Incidemment, le processus de signification des droits fondamentaux est nécessairement inachevé et irréductiblement indéterminé. En réalité, donc, *la signification d'un droit fondamental renvoie à l'ensemble de ses usages valides actuels, mais aussi potentiels*<sup>3</sup>. « C'est pourquoi le droit s'impose aux hommes non seulement comme une tâche à accomplir, mais comme une tâche infinie »<sup>4</sup>.

**519.** Ce facteur potentiel dans le réel social atteint la nature de l'usage qui reste, à la fin, une forme de relation. Une interaction première et parfois désordonnée, faite aussi bien de hasard que d'intentionnalité. L'indétermination irréductible de la fundamentalité n'est donc ni un défaut de connaissance<sup>5</sup> ni une lacune du droit. Elle est directement liée à ce vague ontologique immanent à la structure dispositionnelle et relationnelle du réel social<sup>6</sup>, puis du juridique<sup>7</sup>. Le vague est un *principe universel réel*<sup>8</sup> explicatif de « l'impossible maîtrise [totale] du juridique »<sup>9</sup>, ce qui n'interdit pas à la science du droit de penser cette « conscience de l'inachèvement »<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> B. Frydman, *Le sens des lois...*, préc., 2005, p. 582 (§ 281).

<sup>2</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc.

<sup>3</sup> Ici encore, la perspective est renversée et la pratique transforme l'objet en signe (*supra*, § 20). L'objet d'un droit fondamental est un symbole (selon la division peircienne du signe), c'est-à-dire « une chose vivante, en un sens très strict qui n'est pas une simple figure de rhétorique. Le corps du symbole change lentement, mais sa signification croît inévitablement, incorporant de nouveaux éléments, et rejetant les anciens » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 2, § 222 cité par C. Tiercelin, *La pensée-signe*, chap. 4, § 52).

<sup>4</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, préc., p. XII.

<sup>5</sup> « Le vague est donc en définitive un principe universel réel, et non “un défaut de notre connaissance ou de notre pensée” » (C. Tiercelin, *La pensée-signe*, préc., chap. 5, § 102, réf à C.S. Peirce, préc., vol. 4, § 344) ; cf. égal. Ch. Chauviré, *Peirce et la signification. Introduction à la logique du vague*, PUF, 1995, 290 p.

<sup>6</sup> S. Berlioz, « La réalité des entités sociales » (Les articulations du réel), *Séminaire au Collège de France* [en ligne], 30 mars 2021.

<sup>7</sup> « En effet, les droits en général – fondamentaux ou non – sont toujours essentiellement relatifs en ce qu'ils s'inscrivent nécessairement en une série de relations : ce sont déjà ces relations qui les constituent précisément comme droits ; et c'est cette texture plurirelationnelle des droits qui produit leur relativité – elle-même plus ou moins affirmée néanmoins. Les droits s'analysent en une structure combinatoire qui ne permet de conclure à leur possible fundamentalité qu'en fonction des termes et des modalités dont ces combinaisons s'établissent » (E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc., p. 15).

<sup>8</sup> Une telle assertion dépend évidemment d'une certaine métaphysique, en l'occurrence ici celle peircienne (C. Tiercelin, « Du vague des objets à l'objectivité du vague, et retour », préc., spéc. p. 17).

<sup>9</sup> C. Atias, « Fonder le droit ?... », dans *Mélanges Paul Amselek*, préc., p. 35.

<sup>10</sup> E. Morin, *La méthode. La connaissance de la connaissance*, préc., p. 30.

**520.** Dire que la signification des droits fondamentaux est un processus irréductiblement indéterminé n'équivaut pas à dire, bien sûr, qu'elle est un processus absolument indéterminé. L'indétermination, aussi inévitable soit-elle, se cantonne à l'inexorable. Encore une fois, le système significatif du discours juridique, en tant qu'ordre discursif complexe liant norme et connaissance, balise les raisonnements, fixe les modes d'inférence logiques, établit les relations préalables entre les signes du droit. Le discours de la fundamentalité en particulier autorise certaines significations et en interdit d'autres, tel est l'objet du concept de l'abus de droit et la vocation pédagogique de la notion dans le langage du droit positif. Les interprètes authentiques ont la charge de la maîtrise de la signification juridique, ils assurent la coexistence cohérente des usages signifiants. En matière de droits fondamentaux, la contextualisation de l'usage impliquée par le concept de l'abus a révélé la prise en compte de valeurs interdiscursives connaissables, attachées notamment à l'infrastructure du discours, ainsi que des considérations d'entente intersubjective minimales. Simplement, l'usage d'un droit fondamental est soumis aux règles constitutives du discours de la fundamentalité. La lecture pragmatiste du phénomène juridique, qui a mené à une identification conceptuelle particulière de l'abus de droit fondamental, ne se réduit donc pas à la prise en compte des éléments contextuels dans la détermination du sens des énoncés normatifs. Elle postule, plus fondamentalement, *un rapport ontologique et sémiotique entre le langage juridique, la pensée du droit et les faits sociaux à régir*. La signification de la fundamentalité ne se cantonne pas à un « contenu de pensée »<sup>1</sup>, elle est un processus logique par lequel on passe de l'usage au langage des droits, du langage des droits à l'usage, et ce grâce à l'activité cognitive inhérente au discours juridique. L'exemple du droit à la vie privée a montré comment l'article 8 de la Convention EDH signifiait des usages valides, qui eux-mêmes signifiaient d'autres usages valides, si bien que la considération de l'ensemble de ces usages signifie l'objet du droit. Énoncés de droits et usages de droits se signifient mutuellement. Au fil du temps, les droits fondamentaux s'enrichiront de nouveaux usages, qui eux-mêmes traduiront l'évolution significative des droits<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> P. Amselek, « Le droit dans les esprits », dans *Controverses autour de l'ontologie du droit* P. Amselek et C. Grzegorzcy (dir.) Paris, PUF, 1989, p. 37.

<sup>2</sup> Le droit de propriété avait bien sûr une tout autre signification en 1283 lorsque l'homme en faisait usage sur sa femme, si bien que, pour le juriste sieur Beaumanoir, « il loit bien à l'homme à battre sa femme sans mort » (*Coutumes de Beauvais*, éd. Salmon, v. 2, 1631), tandis que pour sieur Dareau, au XVIII<sup>e</sup> siècle, « quant elle s'écarte de ses devoirs, qu'elle les oublie, il est fait pour les lui retracer et en exiger la pratique... En un mot, il a la voie de la correction jusqu'à certaines bornes, et pourvu qu'il ne les franchisse pas, il ne fait que son devoir », l'usage était valide à l'intérieur de ces limites internes au droit (F Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire: ouvrage qui renferme particulièrement la jurisprudence du Petit-criminel*, t 2, Paris, Nyon l'aîné, 1785, p. 224 cité par F. P. Walton, « Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law », préc., p. 504).

**521.** Le concept de l'abus de droit, en prenant pour objet l'usage, met en lumière ce jeu alternatif et complexe entre le fait et la norme au sein du processus de signification de la fondamentalité. Cette interpositivité du factuel et du normatif, et plus généralement cette interaction entre langage, pensée et action, témoigne de la coexistence fructueuse de deux formes de rationalité au sein du discours juridique : pratique et théorique. Sans postuler de frontière étanche entre les deux, nous y reviendrons, il s'avère que le fait valide qui constitue l'usage d'un droit – fruit de la rationalité pratique du destinataire – est intégré au système de connaissance du discours juridique – œuvre de la rationalité théorique – qui abstrait la signification concrète de ce droit. Le fait social qui constitue concrètement le droit en forme l'essence<sup>1</sup>, et cette constitution est opérée conformément à la loi<sup>2</sup>, non pas seulement l'énoncé normatif, mais fondamentalement la loi du discours juridique, c'est-à-dire les règles qui structurent le discours juridique en tant que discours. L'interprète authentique, dans cette tâche traductrice entre le fait et le droit au sein du processus normatif concret, mobilise concomitamment les formes pratiques et théoriques de la rationalité juridique. Il reste, à l'aune du processus significatif tel que décrit par l'abus de droit, une irréductible indétermination attachée au fait, c'est-à-dire à l'usage du droit, ainsi qu'à la norme, c'est-à-dire au sens juridique qu'il convient d'attribuer à cet usage. Une telle indétermination, même minimale, qui peut conduire les juges de la Cour EDH à afficher leurs désaccords quant à l'usage du concept de l'abus<sup>3</sup>, a des conséquences juridiques et politiques non négligeables dès lors qu'il s'agit de droits fondamentaux.

---

<sup>1</sup> Définition « Constituer », *CNRTL* [en ligne], préc., cons. le 4 septembre 2019.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Cour EDH, *Lehideux et Isorni c/France*, préc. (*Opinion dissidente commune à M. Foighel, M. Loizou et Sir John Freeland*, § 6) ; *Perinçek c/Suisse*, préc. (*Opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis et Kuris* ; *Opinion dissidente additionnelle du juge Silvis à laquelle se rallient les juges Casadevall, Berro et Kuris*).

## Section 2. Les enjeux de l'indétermination de la fundamentalité selon le concept de l'abus de droit

« Ils préféreraient nier que le discours soit une pratique complexe et différenciée, obéissant à des règles et à des transformations analysables, plutôt que d'être privés de cette tendre certitude, si consolante, de pouvoir changer, sinon le monde, sinon la vie, du moins leur « sens » par la seule fraîcheur d'une parole qui ne viendrait que d'eux-mêmes, et demeurerait au plus près de la source, indéfiniment »<sup>1</sup>.

**522.** Il n'est sans doute pas d'insoutenable indétermination de la fundamentalité. Si l'indétermination à propos du sens des droits est irréductible, elle ne doit pas non plus être exagérée. La rationalité logique du discours de la fundamentalité, maintes fois évoquée, assure une cohérence globale de la signification des droits. Cette rationalité spécifiquement juridique est permise par le système de connaissance attaché au discours, une connaissance théorique et pratique qui détermine *la manière de faire sens*. La doctrine n'est bien sûr pas étrangère à cette stabilisation. Celle-ci institue du fondement, de l'explication, de la compréhension. Plus largement, à travers l'activité de sa communauté d'interprétation, le discours de la fundamentalité rationalise sa propre indétermination. À dire vrai, le vague irréductible qui réside dans le sens des droits fondamentaux n'a pas entamé leur prépondérance juridique ni leur effectivité sociale.

**523.** Seulement, l'indétermination de la fundamentalité ne se réduit pas à un enjeu théorique de signification. En miroir de la prééminence juridique et politique de ce discours, la question de l'indétermination devient centrale. Le concept de l'abus de droit, en tant que police de la signification, est amené à s'aventurer dans le vague de la fundamentalité, tout en le mettant en valeur sans doute de manière quelque peu disproportionnée. Cette indétermination marginale est pourtant de nature à questionner certaines représentations de l'ordre juridique, voire de la société démocratique. Certes, le vague est ontologique en matière de droits fondamentaux, mais l'indétermination sur le sens des droits peut être aggravée par l'équivoque juridique à propos de *la finalité* du discours de la fundamentalité. Le concept de l'abus de droit, régulièrement décrit comme l'outil du solidarisme social et de l'anti-individualisme<sup>2</sup>, fait justement de la

---

<sup>1</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, préc., p. 286.

<sup>2</sup> M. Waline, *L'individualisme et le droit*, préc., p. 409 : « La théorie s'insurge contre la liberté d'action de l'individu, le contrecarre dans ses projets ou l'oblige à réparer les conséquences d'une action qu'il prétendait licite ». Ce serait là, la marque du « déclin de l'individualisme politique » (*idem.*, p. 412).

finalité des droits fondamentaux un enjeu juridique<sup>1</sup>. Et si la signification est la conformité de la chose à sa fin<sup>2</sup>, alors le sens des droits est nécessairement attiré par cette finalité paradoxale. Autrement dit, l'indétermination à propos du sens des droits n'est pas seulement due à un vague réel imparable, elle résulte également des ambiguïtés relatives au caractère individualiste du discours de la fundamentalité (§ 1). Un discours comme expression ambivalente d'un pouvoir qui prétend agir sur le fondement de la liberté. Paradoxalement, et contrairement à ce qui est trop rapidement affirmé, le concept de l'abus de droit ne met pas seulement en valeur les dispositions objectives de la fundamentalité, dissimulées sous la rhétorique de droits subjectifs, voire naturels de l'individu ; il éclaire également la manière dont le discours des droits fondamentaux recèle un irréductible potentiel individualiste sur le plan juridique (§ 2).

## § 1. L'indétermination de la fundamentalité par l'ambivalence du caractère individualiste de ce discours

**524.** « *Le langage des droits de l'homme est profondément ambigu et contradictoire : un langage de pouvoir et de résistance, hégémonique et contre-hégémonique à la fois* »<sup>3</sup>. Les controverses politiques et philosophiques à propos des droits de l'homme sont légion, qu'elles dénoncent leur caractère trop ou trop peu libéral, trop ou trop peu individualiste, trop ou trop peu égalitariste, trop ou trop peu politique. Ces discours critiques imprègnent l'imaginaire de la fundamentalité en tant que discours juridique<sup>4</sup>. Or, à l'aune du processus de signification des droits, tel que mis en valeur par le concept de l'abus, le discours de la fundamentalité est-il véritablement individualiste ? La théorie de l'abus de droit, que ce soit ou non en matière de fundamentalité, a toujours été confrontée à cette question du degré d'individualisme des systèmes juridiques.

---

<sup>1</sup> La question de la finalité du droit est une question juridique selon la perspective pragmatiste en ce qu'elle est déterminante du point de vue de la signification du phénomène juridique lui-même. Bien sûr, il s'agit là d'une question fameuse et controversée qui a toujours animé la science du droit (cf. not. M. Maury, *Le but en droit public français*, préc.). Pour de nombreux juristes, à l'instar de M. Waline, « il n'y a (...) pas de réponse juridique à la question de la finalité, individuelle ou sociale, du Droit, mais des réponses relevant des conceptions politico-morales, ce que les Allemands appellent, d'un mot extrêmement expressif, une « Weltanschauung », une vision du monde » (*L'individualisme et le droit*, préc., p. 415).

<sup>2</sup> En droit, cf. P. Amselek, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10/1, p. 7.

<sup>3</sup> M. Prost, « Fragmentation et droits de l'homme... », préc., p. 9.

<sup>4</sup> *Supra*. §§ 75 et s.

**525.** Une fois n'est pas coutume dans cette recherche, un point de vue procédural est susceptible d'éclairer la façon dont le discours de la fundamentalité structure l'ordre juridique et avec lui, les ambiguïtés de son caractère individualiste. En Allemagne, les droits fondamentaux servent incontestablement la priorisation du droit constitutionnel<sup>1</sup>, et les conditions de recevabilité du recours constitutionnel reflètent les ambivalences de cette priorisation. Si un tel recours a pour fonction de garantir l'effectivité des droits fondamentaux prévus par la Loi fondamentale<sup>2</sup>, il participe également du « combat pour le droit »<sup>3</sup> en vue de préserver l'identité de l'ordre constitutionnel dans son ensemble. En effet, le recours est admis « dans la mesure où il soulève une question de droit constitutionnel d'importance fondamentale »<sup>4</sup>. Le droit au recours constitutionnel est donc limité par une considération étrangère à la violation alléguée d'un droit fondamental. Ce fort degré d'hétéronomie<sup>5</sup> explique le très faible pourcentage de succès du recours (environ 2%). Il met également en exergue le pouvoir d'appréciation du juge, alors même que les décisions d'admission par les Sections de la Cour constitutionnelle fédérale sont inattaquables et ne requièrent aucune motivation. De ce point de vue, le caractère objectif du recours est incontestable.

« La fonction du recours constitutionnel ne s'épuise donc nullement dans la protection individuelle des droits fondamentaux. Il s'agit par ailleurs d'un moyen de protection juridique du droit constitutionnel objectif qu'il [l'individu] lui revient ainsi de garantir, comme de servir son interprétation et son développement. En tant que le citoyen défend sa sphère de droits fondamentaux, il enclenche en même temps une procédure qui sert également le droit constitutionnel objectif »<sup>6</sup>.

Cette objectivité est accrue par la portée des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, lesquelles lient l'ensemble des organes constitutionnels, tous les tribunaux et toutes les autorités administratives<sup>7</sup>. Preuve encore de l'ambiguïté individualiste du discours de la fundamentalité,

---

<sup>1</sup> A. Dittmann, « Le recours constitutionnel en droit allemand », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 10, mai 2001.

<sup>2</sup> Art. 93 (1) 4.a de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

<sup>3</sup> R. von Jhering, *Le combat pour le droit*, trad. A.-F. Meydiou, A. Durand et Pedone-Lauriel (éd.), Paris, 1875.

<sup>4</sup> § 93 a (2) a) de la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993 (Journal officiel fédéral – BGBl I p. 1473), modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017 (BGBl I p. 3546).

<sup>5</sup> O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », dans *Droit des libertés fondamentales*, préc., p. 103.

<sup>6</sup> A. Dittmann, « Le recours constitutionnel en droit allemand », préc., p. 2.

<sup>7</sup> § 31 de la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, préc.

la Cour de Karlsruhe a reconnu un droit fondamental général de la liberté d'action<sup>1</sup>, mais cette reconnaissance sert, en même temps, un contrôle objectif de l'ensemble des normes constitutionnelles dans le cadre du recours constitutionnel<sup>2</sup>. La protection particulière du fait individuel sert l'emprise de la normativité objective. S'agissant des ordres juridiques européens<sup>3</sup>, les logiques procédurales révélant le caractère objectif du discours de la fondamentalité sont légion. En France, les ressorts objectifs de la QPC ont été largement étudiés, de son caractère concret par l'initiative de la question<sup>4</sup> aux modalités abstraites du contrôle<sup>5</sup>. L'ambiguïté relative à l'objectivité du recours est également visible dans les enjeux complexes à propos de l'effet utile des décisions<sup>6</sup>. S'agissant encore des recours juridictionnels directs, les procédures en défense d'intérêts collectifs relativisent aussi le caractère individualiste de la fondamentalité, à l'image des fameuses *class actions*<sup>7</sup> aux États-Unis. Outre les considérations pragmatiques de bonne administration de la justice, cette objectivité procédurale en matière de fondamentalité est logique d'un point de vue juridique, tant la solution concrète engage le discours du fondement de l'ordre juridique dans son ensemble, « dans l'entier de sa complexité »<sup>8</sup>. Pour la Cour de Karlsruhe, l'identité constitutionnelle allemande doit être « assurée également dans un cas individuel et concret »<sup>9</sup>. Des cas particuliers qui sont aussi l'occasion de clarifier le sens du discours<sup>10</sup>.

---

<sup>1</sup> BVerfG, 16 janv. 1957, Elfes, BVerfGE 6, p. 32 ; Cf. égal. BVerfGE 80, p. 137.

<sup>2</sup> A. Dittmann, « Le recours constitutionnel en droit allemand », préc., p. 5.

<sup>3</sup> À propos du contrôle de l'action législative ou juridictionnelle à travers le recours d'amparo constitutionnel en Espagne : C. Ruiz Miguel, « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 10, mai 2001 ; G. Kucsko-Stadlmayer, « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, préc. ; V. Moreira, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le “contrôle concret” dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, préc. ; O. Pfersmann, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, préc.

<sup>4</sup> M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], 2013, n° 38, p. 211 ; X. Magnon, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? », *AJDA*, 2015, p. 254.

<sup>5</sup> J. Bonnet, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 40, 2013 ; S. Hennette-Vauchez, L. Marguet, « La QPC et les “droits et libertés que la Constitution garantit” : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », *La revue des droits de l'homme* [en ligne], 20/2021, §§ 59 et s. ; Pour une lecture critique de la distinction entre abstrait et concret, cf. not. M. Carpentier, « Pour de nouveaux “modèles” de justice constitutionnelle », préc., p. 198.

<sup>6</sup> S. Mouton et M. Carpentier (dir.), *Projet « QPC 2020 ». L'effet utile des décisions QPC*, Rapport janvier 2020, UT1 capitole.

<sup>7</sup> Cf. not. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, préc., pp. 497-501.

<sup>8</sup> P. Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005, p. 15 cité par A. Papaux, « La loi en panne symbolique ou comment mourir à la singularité devant la loi de Kafka », préc.

<sup>9</sup> BVerfG, 15 déc. 2015, 2 BvR 2735/14, préc.

<sup>10</sup> La Cour EDH se sert aussi du litige concret pour « clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention » (Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/Royaume-Uni*, préc., § 158).



**526.** Le discours des droits fondamentaux constitue à la fois la norme et son fondement<sup>1</sup>, ce qui positionne, encore une fois, la dimension cognitive de ce discours sur un plan normatif pratique. L'interprète authentique qui élabore une norme juridique concrète en matière de droits fondamentaux produit, dans le même temps, un contenu théorique non seulement d'argumentation, mais également de fondation. Le discours de la fundamentalité donne directement accès aux valeurs privilégiées, la valeur accordée à la liberté individuelle comme aux normes objectives de limitation. Il prend position explicitement, et parfois autoritairement, sur des visions compréhensives du monde. Loin des seuls attributs individuels, les droits de l'homme, en tant qu'infrastructure de la fundamentalité, ont pu être érigés en « norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique »<sup>2</sup>. Le discours des droits fondamentaux produit une représentation fondatrice, celle de l'individu libre et socialisé, puis en maîtrise les implications normatives<sup>3</sup>. La question du caractère véritablement individualiste de la fundamentalité est celle, *in fine*, de la faculté juridique et politique du destinataire des normes à influencer sur cette représentation. Une influence impossible si l'on se fie à la conception des droits-fonctions telle qu'elle a pu fonder la théorie de l'abus de droit<sup>4</sup>. En la matière, « la détermination des limites de certains droits, de même que l'appréciation de leur valeur ou de leur poids en cas de conflit avec des prérogatives concurrentes se révèlent dépendantes des fonctions qu'exercent ces droits dans une société »<sup>5</sup>. Il n'y a ici que peu de liberté pour ces facultés d'action cornaquées vers des destinations préfabriquées. Après tout, si

---

<sup>1</sup> C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit...*, préc., p. 275.

<sup>2</sup> M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, préc., p. 330.

<sup>3</sup> P. Legendre, « Anthropologie dogmatique. Définition d'un concept », préc., p. 40.

<sup>4</sup> *Supra*. §§ 112 et s. Cette conception de la fonction sociale avait pour objet, selon un certain positivisme à la même époque, de substituer à la métaphysique du droit subjectif le réalisme de la société politique. Ainsi, pour A. Comte, « la subordination réelle de la politique à la morale résulte directement de ce que tous les hommes doivent être conçus, non comme autant d'êtres séparés, mais comme les divers organes d'un seul Grand-Être » (*Système de politique positive*, 1851 dans F. Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, préc., pp. 335-336). Une grande substitution qui reconfigurait par-là même la conception de la liberté. Pour L. Duguit, la liberté « est définie, dans le système individualiste, [comme] le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et par là même *a fortiori* le droit de ne rien faire du tout. Dans la conception moderne la liberté n'est plus cela. Tout homme a une *fonction sociale à remplir*, et par conséquent il a le devoir social de la remplir ; il a le devoir de développer aussi complètement que possible son individualité physique, intellectuelle et morale, pour remplir cette fonction le mieux possible, et nul ne peut entraver ce libre développement. Mais l'homme n'a pas le pouvoir de rester inactif, d'entraver lui-même le libre développement de son individualité ; il n'a pas de droit à l'inactivité, à la paresse. Les gouvernants peuvent intervenir pour lui imposer le travail. Ils peuvent même réglementer son travail ; *car les gouvernants ne font alors que lui imposer l'obligation d'accomplir la fonction sociale qui lui incombe* » (L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé...*, préc., p. 32, nous soulignons).

<sup>5</sup> P. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, préc., p. 205.

la liberté avait un but prédéfini, elle ne serait plus complètement la liberté<sup>1</sup>. L'indétermination sémantique des droits fondamentaux peut alors dissimuler des déterminations politiques. Nous l'avons constaté, les droits à la vie et à la santé sont particulièrement significatifs de ce point de vue<sup>2</sup>. La rhétorique du droit fondamental à la sécurité<sup>3</sup> est également ambiguë vis-à-vis des promesses libérales de la philosophie des droits de l'homme.

**527.** L'objectivité politique et philosophique est parfois directement inscrite dans les sources normatives formelles, suivant, à l'évidence, une certaine *culture des droits*. Ainsi, dans la Constitution grecque du 9 juin 1975, les droits de l'homme sont explicitement envisagés selon un prisme étatique, l'individu est considéré *ab initio* comme membre d'un corps social, et la notion de l'abus de droit s'assure du respect de la finalité objective de la fundamentalité :

« 1. Les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, et le principe de l'État de droit social sont placés sous la garantie de l'État. Tous les organes de l'État sont tenus d'en assurer l'exercice libre et efficace. Ces principes sont également valables dans les relations entre particuliers (...) 2. La reconnaissance et la protection par la République des droits fondamentaux et imprescriptibles de l'homme visent à la réalisation du progrès social dans la liberté et la justice. 3. L'exercice abusif d'un droit n'est pas permis. 4. L'État a le droit d'exiger de la part de tous les citoyens l'accomplissement de leur devoir de solidarité sociale et nationale »<sup>4</sup>.

La Constitution japonaise du 3 novembre 1946 use également du concept de l'abus de droit pour préserver la finalité explicite des droits humains vers une forme de bien-être social collectivement garanti :

« La liberté et les droits garantis au peuple par la présente Constitution sont préservés par les soins constants du peuple lui-même, qui s'abstient d'abuser d'une façon quelconque de ces libertés et de ces droits ; il lui appartient de les utiliser en permanence pour le bien-être public »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour paraphraser P. Valéry : *si la vie avait un but, elle ne serait plus la vie* (Cahier B, 1910, cité par G. Canguilhem, *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1971, p. 116).

<sup>2</sup> *Supra.* §§ 231, 348 et s.

<sup>3</sup> *Supra.* §§ 132, 350 et s.

<sup>4</sup> Art. 25, *nous soulignons*.

<sup>5</sup> Art. 12, *nous soulignons*.

Une conception des droits qui n'est pas sans rappeler celle défendue par M. Villey, pour qui « les droits subjectifs comptent parmi les moyens tendant à atteindre le bien commun ; leur exercice cesse d'être justifié lorsqu'il a lieu à l'encontre de ce but »<sup>1</sup>.

**528.** L'ambiguïté du caractère individualiste de la fundamentalité peut donc résider dans le langage des droits lui-même, un langage quelque part *prêté par le pouvoir*<sup>2</sup>. À travers les droits fondamentaux, le destinataire des normes use d'un discours institutionnel et communautaire dont la *grammaire* induit une première forme de détermination de l'action libre, y compris dans la représentation qui est faite de l'individu en tant que sujet de droit. « Nul ne conteste aujourd'hui le caractère obligatoire de la règle qui nous ordonne d'être et d'être, de plus en plus, une personne »<sup>3</sup>. Cette forme d'*individualisme institutionnalisé*<sup>4</sup> n'est pas dénuée elle-même d'ambiguïté : « d'une part, la personne est supposée accroître sa liberté de choix et son autonomie au fil de son individuation progressive ; de l'autre, cette extension des degrés de liberté continue d'être décrite en termes de déterminisme »<sup>5</sup>. Comme si le discours de la fundamentalité préemptait les manières d'exprimer politiquement la liberté. « Il y a, si l'on veut, un environnement argumentaire des pratiques et des convictions du libéralisme »<sup>6</sup>. En tant que discours structurel des sociétés libérales, la fundamentalité a une fonction de stabilisation des attentes de comportement dans un environnement institutionnel qu'elle légitime et préserve. Elle rend la contrainte du droit acceptable.

« Le libéralisme contemporain est à bien des égards une pensée visant l'ordre pour lui-même (plutôt que l'apologie de valeurs de liberté qui favoriseraient un ordre qui émergerait d'une manière secondaire). Le libéralisme n'est pas seulement une morale : il est une pensée politique adossée à la contrainte »<sup>7</sup>.

**529.** Il est certain, en même temps, que l'accomplissement d'un droit fondamental ne dépend pas seulement de facultés individuelles, mais suppose un certain nombre d'institutions d'accessibilité et de concrétisation, des valeurs de reconnaissance et des choix politiques de

---

<sup>1</sup> M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 603 cité par L. Eck, préc., p. 63.

<sup>2</sup> R. Barthes, *Mythologies* (1957), Seuil, 2010, 256 p.

<sup>3</sup> É. Durkheim, *De la division du travail social* (1893), PUF, 10<sup>e</sup> éd., 1978, p. 401.

<sup>4</sup> T. Parsons, « Religion in Postindustrial America », in *Action theory and the Human Condition*, New York, Free Press, 1978, 464 p.

<sup>5</sup> J. Habermas, *Parcours I*, préc., p. 377.

<sup>6</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 14.

<sup>7</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 13.

priorisation<sup>1</sup>. « Comprenons que les droits individuels possèdent bien, en leur nature et par eux-mêmes, une validité métaphysique apriorique, mais point de force juridique effective. Tant que la législation positive de l'État ne les a pas avalisés et garantis, les droits de l'individu demeurent des droits latents : une simple promesse de droit »<sup>2</sup>. Aussi, les droits « sont traversés par le pouvoir et n'existent que par lui ; ils sont une manière de négocier les pouvoirs »<sup>3</sup>, d'invoquer la puissance publique, et, *in fine*, la contrainte. Le discours de la fundamentalité individualise par des droits adaptés à l'épanouissement individuel, autant qu'il standardise par la détermination de la finalité de ces droits<sup>4</sup>. Les déclarations de droits fondamentaux déterminent effectivement des régimes de liberté qui prévoient certes des facultés d'action, mais en même temps les modalités précises et contraignantes de leur utilisation<sup>5</sup>. Or, les sources normatives formelles en matière de droits fondamentaux font plus que prescrire juridiquement, elles constituent également un standard politique et philosophique qui orientera non seulement les dispositions individuelles à être libre, mais encore les façons de penser cette liberté même. « Le droit, ici, ne se contente pas de réguler par la menace l'expression des désirs dans les actes ; au-delà, il joue un rôle constitutif dans la formation des attentes »<sup>6</sup>. La normativité juridique atteint l'agir individuel de manière sous consciente et sur consciente. Or, par définition, la liberté en droit est pensée dans une perspective d'émancipation de la société dans son ensemble. Les dispositions normatives de l'abus de droit consistent justement à opposer la norme sociale aux prétentions normatives individuelles démesurées<sup>7</sup>. Dès lors, « la nécessité d'opérer des choix collectifs nous rend tour à tour libres et non libres, selon les options retenues collectivement, de vivre dans une société conforme à nos vues. La vérité est simplement que

---

<sup>1</sup> En ce sens, A. Sen a élaboré le concept de « capabilité », signifiant la manière dont la faculté normative individuelle est étroitement liée à des conditions structurelles, notamment sociaux-économiques (A. Sen, *L'Économie est une science morale*, La Découverte, « Essais », Paris, 2004 cité par V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », préc., p. 34).

<sup>2</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, préc., p. 17.

<sup>3</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 23.

<sup>4</sup> J. Bentham a pu dénoncer, à propos de l'article 10 de la DDHC, ce régime des libertés qui les enferment dans des limites préétablies : « le droit de chaque citoyen de choisir son culte ou de professer, sous certaines réserves, une religion différente de la religion la plus généralement admise dans l'État, est certainement une liberté qu'il était convenable d'établir. Mais cet article de la déclaration ne lui donne qu'une sauvegarde bien précaire. Ce qu'on accorde n'est accordé qu'à une condition qui peut sans cesse l'anéantir. *Troubler l'ordre public*, qu'est-ce que cela signifie ? » (*Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques*, préc., p. 287).

<sup>5</sup> Si bien que les droits peuvent être appréhendés avant tout comme des limites, et logiquement, comme des normes. Selon une citation attribuée à Portalis, « 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 » (cité par M. Delmas-Marty, C. Lucas De Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996 p. 9).

<sup>6</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 214.

<sup>7</sup> *Supra*. §§ 308 et s.

nous sommes contraints par les choix collectifs : chacun est un obstacle potentiel pour tous les autres »<sup>1</sup>. D'un point de vue strictement intersubjectif, l'individu qui s'émancipe de certaines dépendances par la préservation d'une sphère d'intégrité privée contre l'autorité étatique se soumet parfois, en même temps, à d'autres dépendances liées aux pouvoirs d'attractions des libertés d'autrui, notamment les libertés économiques<sup>2</sup>. Le concept de l'abus a montré l'importance d'une théorisation juridique de la vulnérabilité pour appréhender ce consentement aux libertés des autres qui n'en est pas<sup>3</sup>. Mais cette disposition normative de l'abus de droit est en même temps le signe historique d'un État plus interventionniste<sup>4</sup>, tant sur le plan économique, s'agissant des différents abus de droit particularisés<sup>5</sup>, que sur le plan politique, au regard de la recherche, par l'autorité publique, d'une entente intersubjective minimale au sein de la communauté de droit, voire en différentes hypothèses totalitaires, la volonté d'un contrôle accru de toutes formes d'interactions sociales, facilitée par les développements technologiques<sup>6</sup>. Au cœur de la signification juridique, le concept de l'abus de droit éclaire particulièrement l'ambition régulatrice de l'autorité publique. Or, en miroir de l'inflation normative, ce concept qui se prononce sur le sens des droits risque d'étendre son influence prescriptive sur la signification de tous faits sociaux à la résonance politique. Incidemment, le défi libéral des sociétés politiques réside, aussi, dans l'enjeu de la signification juridique.

**530.** L'ordre juridique des sociétés libérales serait donc moins structuré autour d'un principe général de liberté personnelle qu'autour d'un discours de la fundamentalité qui relaie

---

<sup>1</sup> E. Picavet, préc., p. 190.

<sup>2</sup> *Supra*. §§ 322 et s.

<sup>3</sup> *Supra*. §§ 316 et s. ; cf. not. « Vulnérabilité et droits fondamentaux » (Colloque du 19 et 20 avril 2018, Université de la Réunion), spéc. D. Roman, « Rapport de synthèse », *RDLF*, 2019, n° 19.

<sup>4</sup> Cf. A. Rovira Viñas, *El abuso de los derechos fundamentales*, Tesis doctorales, Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho, 1980, p. 350 : « en el plano económico, el sistema liberal abstencionista demuestra su ineficacia y es necesario que el Estado asuma al papel de la dirección política y económica del país. Estas exigencias económico—sociales requieren una política intervencionista por parte del Estado y para ello es necesario crear nuevas cauces técnico—jurídicos de positivación, que dan lugar a la aparición de los límites, y dentro de éstos al especial del abuso de derecho ».

<sup>5</sup> *Supra*. §§ 194 et s.

<sup>6</sup> Puisque, comme le relève la Cour EDH, « l'on vit de plus en plus en ligne » (25 mai 2021, *Centrum för Rättvisa c/Suède ; Big Brother Watch et a. c/Royaume-Uni*, préc., § 341). Dès lors, si « les autorités nationales disposent d'une ample marge d'appréciation pour choisir les moyens de sauvegarder au mieux la sécurité nationale (...) la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et effectives contre les abus car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale (ou tout intérêt national essentiel) risque de saper, voire de détruire, les processus démocratiques sous couvert de les défendre » (*ibid*, §§ 338-339, nous soulignons). Une si ample marge d'appréciation et des garanties si lâches que, pour le juge Pinto de Albuquerque, cet arrêt « ouvre la voie à un "Big Brother" électronique en Europe » (*Opinion en partie concordante et en partie dissidente*, préc., § 60).

autant de facultés individuelles d'action libre que de conventions sociales normatives. Le concept de l'abus de droit a pu illustrer la façon dont ces conventions interviennent dans la fixation concrète de la signification d'un droit. Les droits fondamentaux postulent donc un fondement complexe de l'ordre juridique et politique, authentiquement libéral pour autant qu'il laisse à la prétention individuelle la possibilité d'amender le sens des droits.

## § 2. L'indétermination de la fundamentalité par l'irréductible potentiel individualiste de ce discours

*« Si tout est nécessité, je ne comprends pas pourquoi nous avons l'illusion du libre arbitre, mais en revanche, si je suis réellement libre, je comprends très bien pourquoi tout me paraît et doit me paraître nécessité »<sup>1</sup>.*

**531.** Au regard de l'action conceptuelle de l'abus de droit, il ne fait pas de doute que la fundamentalité est un concept juridique objectif. Seulement, à la différence d'une approche politique ou militante, il ne faudrait pas ici se laisser submerger par le sentiment *tragique* d'un discours vaguement étatique qui écrase les aspirations individuelles de sa hauteur institutionnelle et historique. Certes, l'objectivité logique de la fundamentalité peut servir le conservatisme<sup>2</sup>. Les droits fondamentaux ont aussi des raisons que l'individu ne maîtrise pas. Le concept de l'abus illustre particulièrement les déterminations logiques qui gouvernent le sens des droits. Ce sont ces valeurs interdiscursives qui structurent le phénomène de la fundamentalité ainsi que les exigences élémentaires de l'entente intersubjective au sein d'une communauté de droit<sup>3</sup>. En même temps, la compréhension du phénomène juridique en termes seulement de déterminisme est un non-sens. Il faut bien de la liberté dans ce réel social à régir qui rend l'action du droit nécessaire. Comme l'exprime brillamment M. Foucault : « le pouvoir ne s'exerce que sur des "sujets libres", et en tant qu'ils sont "libres", entendons par là les sujets individuels ou collectifs qui ont devant eux un champ de possibilités où plusieurs conduites, plusieurs réactions et divers modes de comportements peuvent prendre place. Là où les

---

<sup>1</sup> H. Bergson, *L'évolution du problème de la liberté...*, préc., p. 25.

<sup>2</sup> N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, préc., p. 41.

<sup>3</sup> Ce qui n'est pas sans rappeler, en droit international, la façon dont la CIJ a fondé la responsabilité des autorités albanaises, dans l'affaire du détroit de Corfou, « non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des *considérations élémentaires d'humanité* » (CIJ, 9 avril 1949, *Affaire du détroit de Corfou*, préc., p. 22).

déterminations sont saturées, il n'y a pas de relation de pouvoir »<sup>1</sup>. De manière cette fois réflexive, le concept de l'abus est susceptible de dévoiler la marge *de la possibilité d'agir*<sup>2</sup>, et donc de signifier, qui reste au destinataire des normes juridiques. La logique juridique de l'abus est un contrôle *a posteriori* laissant au destinataire des normes la possibilité de l'usage innovant. Comme la prétention à exercer le droit à la vie et le droit à la vie privée lorsqu'il s'agit de choisir quand et comment mourir<sup>3</sup>. En la matière, si les considérations interdiscursives qui interviennent dans le contrôle pragmatique de l'usage sont susceptibles d'évolution, la logique conceptuelle de l'abus de droit, elle, reste stable. D'un point de vue cognitif, la proposition de droit initiée par le destinataire est une manifestation de la liberté juridique. Elle est, en se laissant aller à ce langage de la liberté, une *poétique de la suggestion*<sup>4</sup> sur le sens des droits. Or, par l'emprise de la fundamentalité sur l'ordre juridique, ce sens proposé, s'il est valide, se retrouve directement au sommet de la hiérarchie normative. La signification juridique d'un droit, initiée par le destinataire et rationalisée par un interprète authentique, peut venir surpasser la signification d'une loi générale et abstraite élaborée par le législateur. L'affaire est connue, mais le cas reste rare : un usage valide et innovant du droit au respect de la vie privée dans les circonstances particulières de l'espèce peut conduire à écarter l'application de dispositions législatives, par elles-mêmes valides, si une telle application constitue, concrètement, une atteinte manifestement excessive au droit allégué<sup>5</sup>. Autrement dit, quoique de manière un peu

---

<sup>1</sup> M. Foucault, « La généalogie de l'individu moderne », dans *Michel Foucault : un parcours philosophique* H. Dreyfus, P. Rabinow, M. Foucault (dir.), Paris, Gallimard, 1984, p. 315 cité par S. Perera, *Le principe de liberté en droit public français*, préc., p. 426.

<sup>2</sup> P. Amslek, « L'interprétation à tort et à travers », *Interprétation et droit*, préc., p. 14.

<sup>3</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc.

<sup>4</sup> C. Stancati, « Umberto Eco, philosophe des signes », *La vie des idées* [en ligne], 16 déc. 2016.

<sup>5</sup> CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, préc. L'affaire est connue, une femme de nationalité espagnole, Mme Gomez, a demandé le transfert en Espagne des gamètes de son défunt époux, conformément à la volonté de celui-ci et en l'absence d'intention frauduleuse, en vue de réaliser une insémination artificielle post-mortem autorisée par la loi espagnole. Au regard des circonstances particulières de l'espèce – le défunt mari avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une telle insémination avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de la requérante, si les tentatives réalisées en France s'avéraient infructueuses. En raison de la dégradation de son état de santé, le mari n'était plus en mesure de procéder à un dépôt de gamètes en Espagne, et seuls ceux stockés en France permettaient la réalisation du projet parental commun – l'interdiction législative de toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français doit être écartée, tant elle porte une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante. En effet, selon le Conseil d'État, il appartient « au juge d'apprécier concrètement si, au regard des *finalités* des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de ces dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive » (§ 9, *nous soulignons*). Une ordonnance du tribunal administratif de Rennes (11 oct. 2016, *Mme Monnerais*, n° 1604451) et un jugement du tribunal administratif de Toulouse (13 oct. 2016, *Mme Emilie F.*, n° 1405903) ont été rendus, de manière contradictoire, en application de cette jurisprudence (J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret... », p. 855).

orientée, « un cas personnel est soustrait à la loi, une revendication individuelle prévaut sur la volonté générale, le droit subjectif d'un seul l'emporte sur le droit objectif applicable à tous »<sup>1</sup>.

**532.** Le processus de signification des droits, tel que mis en valeur par le concept de l'abus, montre, plus vraisemblablement, les dispositions de la fundamentalité à la réflexivité. Les considérations objectives d'une communauté de droit entretiennent avec la liberté individuelle, *au sein du discours*, un rapport dialectique. Ainsi, lorsque l'usage valide est signe d'un droit, la proposition de signification du droit par le destinataire des normes intègre effectivement l'ordre dogmatique de la fundamentalité. Les interprétations du droit entre destinataires et interprètes authentiques sont en interaction constante, bien que leurs discours soient hiérarchisés. Cette dialectique entre le fait individuel et la dogmatique existante structure la normativité de la fundamentalité, son effectivité et son adaptation. La normativité du discours a donc aussi besoin de la faculté d'initiative de ses destinataires : leur croyance à propos du sens des droits fait vivre la fundamentalité. Ensuite, le droit en tant que discours institutionnel transforme la prétention individuelle valide en exigence sociale générale. De ce point de vue, et conformément à l'infrastructure de ce discours<sup>2</sup>, la pérennité institutionnelle de la fundamentalité dans un environnement social complexe dépend aussi de l'invention par les destinataires, en influant sur le sens des droits, des manières d'être libre. Il faut dire que le discours des droits de l'homme s'adressait déjà prioritairement à l'initiative individuelle ou collective, si bien qu'il a pu être le langage de la résistance à l'oppression<sup>3</sup>, du droit, voire du devoir à l'insurrection<sup>4</sup>. En droit international, la Cour de justice a consacré de manière de plus en plus robuste le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>5</sup>, si bien que l'autodétermination collective est réputée être au fondement de l'ordre juridique étatique. L'autodétermination, cette fois d'un point de vue individuel, relève aussi d'une conception de la dignité humaine telle que

---

<sup>1</sup> P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, p. 754.

<sup>2</sup> Selon la conception kantienne, une place laissée à l'autonomie individuelle, comme la faculté juridique de faire un usage public de la raison (cf. not. J. Habermas, *Parcours 2*, préc., pp. 27 et s.).

<sup>3</sup> Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793, art. 33 : « La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme », art. 34 : « Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé ».

<sup>4</sup> Déclaration du 24 juin 1793, préc., art. 35 : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ».

<sup>5</sup> CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* ; avis consultatif, 16 oct. 1975, *Sahara occidental* ; arrêt, 30 juin 1995, *Timor oriental (Portugal c/Australie)* ; avis consultatif, 22 juil. 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*.



l'envisage notamment la Cour EDH<sup>1</sup>. De manière générale, selon la Cour, « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention »<sup>2</sup>. Une telle représentation, héritée donc de l'infrastructure de la fundamentalité<sup>3</sup> et « calquée sur le modèle cartésien du sujet de la conscience réflexive »<sup>4</sup>, projette sur la figure juridique du destinataire des normes les traits de l'être libre, autonome et responsable. « L'homme étant conscient de ses actes et les choses se passant comme s'il était libre d'agir ou de ne pas agir dans tel sens, c'est à lui et à lui seulement que s'adresse toute règle sociale »<sup>5</sup>.

**533.** Le discours de la fundamentalité est tenu de cette *dialectique entre la contrainte et la liberté dans la détermination du sens des droits*. Une dialectique constitutive, qui est moins une réconciliation des opposés, qu'une nécessité logique à l'éruption du fondamental. À l'ontologie mouvementée du social contemporain répond la complexité discursive des fondements du droit. Et si l'ordre juridique des sociétés libérales se légitime à maximiser la liberté, ne serait-ce pas d'une fundamentalité trop habituelle et parfaitement prédictible dont il faudrait se méfier ? N'y a-t-il pas un risque de totalitarisme juridique, paradoxalement subtil et nuancé, dans la détermination absolue de droits fondamentaux octroyés ? *A contrario*, l'ordre juridique authentiquement libéral concède à l'individu la « structure d'ouverture de l'ouvrage »<sup>6</sup>, la possibilité de co-construire l'horizon compréhensif des droits fondamentaux afin qu'il soit, véritablement, un *horizon à hauteur d'Homme*.

---

<sup>1</sup> Cf. not. Cour EDH [GC], 27 août 2015, *Parrillo c/Italie*, n° 46470/11. Concernant les problématiques relatives à la fin de vie, cf. D. Roman, « Autodétermination personnelle et choix de vie et de mort dans la jurisprudence de la Cour européenne », dans *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* M. Levinet (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 256.

<sup>2</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 65.

<sup>3</sup> *Supra*. §§ 52 et s.

<sup>4</sup> O. Cayla, *La notion de signification en droit*, préc., p. XXV.

<sup>5</sup> L. Duguît, *Traité de Droit constitutionnel*, préc., p. 326.

<sup>6</sup> Une expression du philosophe U. Eco (C. Stancati, « Umberto Eco, philosophe des signes », préc., p. 9).

\*  
\*       \*

**534.** D'après le prisme conceptuel de l'abus, d'un point de vue cognitif, l'usage valide est un signe du droit qui, dans le contexte pratique de l'action, en constitue la signification concrète. La contextualisation pragmatique qui se prononce sur la validité de l'usage, telle qu'elle est opérée par le concept de l'abus de droit, est donc inhérente à la signification concrète d'un droit fondamental. Cette lecture juridique de la fundamentalité s'inscrit en faux vis-à-vis des théories critiques tenant à l'individualisme exacerbé, voire illimité des droits de l'homme<sup>1</sup>. Au contraire, le sens juridique d'un droit dépend d'une appréciation concrète de la validité de l'usage qui intègre les considérations objectives de la fundamentalité en tant que discours communautaire.

**535.** À voir cette action conceptuelle de l'abus de droit, il semble que l'enjeu de la signification des droits fondamentaux réside essentiellement dans leur usage pratique. Cet ancrage du sens dans l'usage induit un processus significatif continu au sein duquel les usages valides sont en interaction constante. Bien sûr, pour que la relation significative entre ces usages fonctionne, il faut une *familiarité*<sup>2</sup> de l'interprète authentique avec le système de signes que constitue la fundamentalité. Sources normatives formelles, connaissance à propos des droits, usages significatifs, contexte factuel d'application : tout fait signe au sein du discours des droits fondamentaux. Autrement dit, la signification en droit franchit les frontières du langage, de la pensée et du monde qui, dans son sillage, se répondent. La réalité du droit n'est pas que mentale et la spécificité juridique est plus logique qu'ontologique<sup>3</sup>. Il faut toute l'objectivité logique du discours de la fundamentalité, fondée sur une rationalité tant théorique que pratique, pour mettre les signes des droits en ordre. Il n'empêche, ne serait-ce que parce que les manières d'exercer les droits se renouvellent sans cesse, le processus significatif de la fundamentalité qui prend ancrage dans l'usage concret est nécessairement, et irréductiblement, indéterminé. Si bien que

---

<sup>1</sup> J.C. Milner, *Les penchants criminels de l'Europe démocratique*, Paris, Verdier, 2003, pp. 41 et s.

<sup>2</sup> C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 42 ; *supra*. § 20.

<sup>3</sup> Ce qui n'est pas une découverte. H. Kelsen, déjà, avait bien vu que « ce qui imprime à [d]es actes le caractère d'actes de droit – ou d'actes contre le droit –, ce n'est pas ce qu'ils sont effectivement dans leur matérialité, ce n'est pas leur réalité matérielle, c'est-à-dire déterminée causalement et incluse dans le système de la nature ; c'est seulement le sens objectif qui y est associé, c'est la signification qui est la leur. Un sens spécifiquement juridique » (*Théorie pure du droit*, préc., p. 5).

la signification d'un droit fondamental renvoie à l'ensemble de ses usages valides actuels, mais aussi potentiels.

**536.** Il ne faudrait pas croire, pour autant, que l'indétermination des droits fondamentaux est seulement le fait d'un vague réel imparable. Elle se prolonge, en droit, par l'ambiguïté systémique du discours de la fundamentalité quant à son caractère individualiste. La fundamentalité est un phénomène objectif des ordres juridiques, un discours structurel dont la nature logique circonscrit le sens des droits et, par là même, l'expression juridique et politique de la liberté. Toutefois, tant qu'il y aura de nouveaux usages valides pour signifier concrètement les droits, le potentiel individualiste du discours de la fundamentalité sera indéniable. Dans ce grand *continuum* de la signification juridique, où l'ordre discursif signifie en droit l'agir individuel, et où cet agir, s'il est valide, signifie en fait le droit, « hommes et mots s'éduquent mutuellement les uns les autres »<sup>1</sup>. Le concept de l'abus de droit fondamental nous plonge au cœur de cette ontologie sémiotique de la signification juridique, irréductiblement indéterminée comme une croyance finale en la liberté, au sein de laquelle *l'Homme, si c'est un Homme, est lui-même un signe*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> « L'homme fait le mot ; le mot ne signifie que ce que l'homme lui a fait signifier, et cela seulement pour quelque homme. Mais puisque l'homme ne peut penser qu'au moyen de mots ou d'autres symboles externes, ceux-ci pourraient se retourner et dire : "Vous ne signifiez rien que nous ne vous ayons appris, et encore ne le faites-vous que dans la seule mesure où vous vous adressez à un mot comme interprétant de votre pensée" » (C.S. Peirce, « Quelques conséquences de quatre incapacités » dans *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 71).

<sup>2</sup> « Car, de même que le fait que toute pensée est un signe, conjointement au fait que la vie est un fil de pensées, prouve que l'homme est un signe » (C.S. Peirce, préc.).

## Chapitre 2. Des enseignements du concept de l'abus de droit sur le rôle du destinataire des normes au sein du phénomène de la fondamentalité

537. L'abus de droit fondamental, véritable police de la signification des droits fondamentaux, met en lumière une logique de signification juridique particulière qui prend pour point de départ (pratique) l'usage d'un droit. Ce prisme conceptuel, contrairement aux apparences, laisse à penser que le destinataire des normes a une place majeure dans la signification de la fondamentalité. À l'évidence, une telle orientation, loin d'être insignifiante au regard de la portée de l'abus de droit en tant que directive d'interprétation de la fondamentalité, ne peut constituer la seule base, bien prétentieuse, à une théorie générale des droits fondamentaux. Elle a tout de même le mérite de mettre en valeur le processus cognitif complexe qui se joue au sein de la fondamentalité, et qui guide *le sens des droits*.

538. On sait à présent que l'usage d'un droit par le destinataire des normes, principalement l'individu en matière de droits fondamentaux, est une proposition de signification de ce droit sur le plan cognitif. L'individu a quelque chose à dire *sur* la fondamentalité. Cet usage est apprécié par un interprète authentique, notamment à travers le concept de l'abus de droit, afin de déterminer si *ce dire est vrai*. Le cas échéant, c'est-à-dire lorsque l'usage est valide *en fait*, ce dire sur la fondamentalité devient caractéristique du phénomène lui-même. Si bien que l'individu a quelque chose à dire *de* la fondamentalité (section 1). Ce qui ne doit pas nous étonner, l'individu produit de la norme sociale envers les autres ou envers lui-même, celle-ci se meut parfois en norme juridique sous son impulsion, mais seulement après la traduction juridique opérée par un interprète authentique<sup>1</sup>. Cette initiative individuelle dans la signification du discours des droits fondamentaux pose en des termes singuliers la question de la participation des individus à ce discours, au phénomène juridique dans son ensemble, et finalement, à l'institution politique et sociale en charge de l'élaboration et de l'application contraignante de ce discours. En ce sens, la fondamentalité est un discours de l'expérience politique des sociétés démocratiques. La connaissance inhérente au

---

<sup>1</sup> Selon M. Hauriou, inverser ce sens normatif constituerait « l'erreur fondamentale de (...) prendre la réaction pour l'action et la durée pour la création : ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action : les éléments objectifs, la règle de droit, le milieu social, l'ordre public ne sont que des éléments de réaction, de durée et de continuité : attribuer aux uns les rôles des autres c'est mettre la maison à l'envers » (« La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », dans *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, Libr. Bloud et Gay, 1925, cité par X. Bioy, « Qu'appelle-t-on droits fondamentaux », préc.).

concept de l'abus de droit à propos de la signification des droits fondamentaux est ainsi susceptible de décrire *de manière réaliste*, à partir d'un point de vue juridique, certaines propriétés des régimes démocratiques (section 2).

## **Section 1. Le rôle significatif de l'individu dans la constitution du discours de la fondamentalité**

« *L'imagination n'est pas un état, c'est l'existence humaine elle-même* »<sup>1</sup>.

**539.** L'action individuelle, à travers l'usage d'un droit, signifie un rapport au monde et à la référence juridique commune. Le concept de l'abus de droit a mis en lumière la façon dont cet *agir* enrichissait le système de signes constitutif du discours juridique. L'exercice présumé d'un droit est effectivement significatif en toutes hypothèses. S'il est valide, il est un signe de ce que le droit est. S'il est non valide, il est un signe de ce que le droit n'est pas, et donc indirectement, de ce que le droit est véritablement. D'ailleurs, la proposition de droit portée par le fait abusif peut aussi être une proposition de changement du droit<sup>2</sup>. La question est donc de savoir dans quelle mesure le destinataire des normes définit l'objet du droit dont il est effectivement le bénéficiaire.

**540.** La problématique est relativement classique « en humanités », celle finalement de savoir s'il peut y avoir une science du singulier, si l'individuel peut être saisi par un discours de connaissance qui nécessite, lui, un certain degré d'abstraction théorique. La science du droit est susceptible de s'intéresser à l'individu du point de vue particulier de son action normative (§ 1). Une telle approche ne renie pas l'intérêt faiblement anthropologique<sup>3</sup>, comme une

---

<sup>1</sup> W. Blake, *Second livre prophétique*, trad. Berger, p. 143 cité par G. Bachelard, *L'air et les songes. Essai sur l'imagination du mouvement (1943)*, Paris, Librairie José Corti, 1990, p. 10. Bachelard ajoutait : « On veut toujours que l'imagination soit la faculté de former les images. Or elle est plutôt la faculté de déformer les images fournies par la perception, elle est surtout la faculté de nous libérer des images premières, de changer les images. S'il n'y a pas de changement d'images, il n'y a pas d'imagination, il n'y a pas d'action imaginative. Si une image présente ne fait pas penser à une image absente, si une image occasionnelle ne détermine pas une prodigalité d'images aberrantes, une explosion d'images, il n'y a pas imagination. Il y a perception, souvenir d'une perception, mémoire familière, habitude des couleurs et des formes. Le vocable fondamental qui correspond à l'imagination, c'est pas l'image, c'est l'imaginaire ».

<sup>2</sup> J. Jeanneney, « Désobéir », *Droit et Littérature*, 2019, n° 3, pp. 97-109 ; A. Ogien, S. Laugier, *Pourquoi désobéir en démocratie*, La Découverte, 2011, 224 p.

<sup>3</sup> P. Legendre, « Anthropologie dogmatique. Définition d'un concept », préc., p. 23 : « Aussi banalisé soit-il par un usage inconsidéré, le terme d'anthropologie conserve pour l'exploration des montages institutionnels et la réflexion sur ce qui fait loi dans l'espèce humaine sa valeur heuristique, autant dire sa fraîcheur. De par sa teneur

continuité logique à la lecture discursive du phénomène juridique<sup>1</sup>. Est ainsi portée à son terme la question du « crédit de la parole et, par voie de conséquence, la question du sujet comme ressort ultime de l'édification des cultures »<sup>2</sup>, ou, pour le droit, des ordres juridiques (§ 2).

## § 1. La disponibilité du discours de la fundamentalité à l'impulsion normative individuelle

**541.** À travers son activité de police de la signification, le concept de l'abus de droit lie les dispositions normatives et cognitives de la fundamentalité sur le plan de la signification juridique pratique. À ce niveau, pour le titulaire, *user d'un droit c'est être capable de s'en approprier le sens* (A). Cette aptitude cognitive dans l'usage fonde réciproquement, en droit, la responsabilité des destinataires de la fundamentalité (B).

### A. *L'usage d'un droit pour le sens de la fundamentalité*

**542.** La notion de l'abus de droit fondamental dans le langage juridique laisse à penser que le discours de la fundamentalité est particulièrement déterminé, qu'il tolère peu les interprétations particulières, celles qui tentent de s'extirper des significations préétablies, et qui s'en vont par-delà le discours, voire contre lui. À cet égard, on le sait, l'abus de droit fait figure de correctif anti-individualiste. Encore faut-il ne pas confondre les effets du concept avec ceux de la notion. Si la notion de l'abus de droit consiste effectivement à sanctionner un usage par trop individualiste des droits fondamentaux, le concept révèle, lui, une contextualisation pragmatique du fait social qui laisse à l'individu la faculté de l'impulsion normative. Le concept intervient à ce moment particulier où le destinataire des normes juridiques aspire à la validité de son action en droit, c'est-à-dire soutient que son fait social consiste en l'exercice d'un droit fondamental. Nous sommes ici *avant dire droit*, à tout le moins d'un point de vue formel, dans

---

sémantique, qui fait rappel du rapport de l'homme au logos, il maintient ouvert le champ des interrogations à travers lesquelles l'espèce douée de parole fait vivre la vie ».

<sup>1</sup> *Ibid.* : « Nous touchons là à des problèmes classiques (le rapport du mot à la chose, le garant de la vérité, le statut du lien de communication), identifiés de longue date par la philosophie ou reformulés par la linguistique moderne, mais aussi à la difficulté de prendre acte des conditions structurales – *structure* ici, au sens de la logique de construction de l'animal parlant – dans lesquelles le langage est institué et toute société accomplit sa fonction de fonder le sujet ; entendons : de le fonder à vivre ».

<sup>2</sup> *Idem.*

un *état préargumentatif*<sup>1</sup> sur le plan juridique, qui révèle *en fait* une première interprétation du droit par le destinataire des normes. Ce dernier projette sur l'usage sa propre image du droit, sa propre représentation phénoménale du droit proclamé en situation<sup>2</sup>. De ce point de vue, l'action individuelle est une véritable hypothèse de définition concrète du droit. Comme si, sur un plan cognitif, le destinataire des normes opérait un raisonnement *abductif* par rapport au discours de la fondamentalité. À travers son usage du droit allégué, il signifie ce que *peut être* ce droit. Par suite, bien sûr, le discours juridique modulera et disciplinera les représentations des destinataires. Incidemment, l'interprète authentique est dans une posture plus déductive par rapport au discours de la fondamentalité. Il statue sur ce que *doit être* un droit fondamental<sup>3</sup>.

**543.** Le destinataire des normes impulse le processus concret de signification d'un droit fondamental. Si l'usage valide est un signe de l'objet du droit, alors c'est l'individu qui introduit au phénomène juridique ce que le droit peut être<sup>4</sup>. Il y a, à travers l'usage du droit allégué, une certaine *performativité de la pratique d'autodétermination*<sup>5</sup>. Le destinataire devient un messenger de la fondamentalité, et sa pratique juridiquement significative met en jeu nécessairement une connaissance. Cette connaissance est immanente à l'action de l'individu lorsque celui-ci adapte son comportement aux normes qu'il croit déduire du droit. Sans prétendre entrer dans les controverses complexes à propos du dualisme épistémique<sup>6</sup>, la connaissance inhérente à l'action individuelle en droit semble être de premier ordre pratique, elle relève du *savoir-faire*, du *savoir agir*. Elle a trait aux dispositions de l'individu à agir en fonction d'un système significatif de normes contraignantes, et à inscrire son action dans ce système de signes que constitue le discours juridique. Sur le plan de la signification des droits fondamentaux, *l'action individuelle est un signe*.

**544.** Le savoir pratique est un savoir incorporé à l'action. Le fait social du destinataire des normes qui prétend à la validité juridique porte en lui un savoir sur le discours juridique lui-même, qui guide la prétention. En ce sens, l'usage d'un droit allégué est une sorte

---

<sup>1</sup> J.-M. Ferry, « Droits de l'homme et raison publique en perspective post-séculière », *Raisonpublique.fr* [en ligne], 29 fév. 2016.

<sup>2</sup> P. Amserek, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », préc., spéc. p. 141.

<sup>3</sup> C.S. Peirce, « La nature de la signification », dans *Pragmatisme et pragmatisme*, p. 401.

<sup>4</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 8, § 178 : « L'objet est introduit à l'existence par le signe. [...] L'objet d'un signe peut parfois être quelque chose de créé par le signe » ; *supra*. §§ 20 et s.

<sup>5</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 126.

<sup>6</sup> J. Dokic, « Cognition située et connaissance pratique », *Séminaire au Collège de France*, 11 mars 2015.

*d'affordance*<sup>1</sup> vis-à-vis du discours juridique, utile à la connaissance pratique sur ce discours. Il traduit la perception que le destinataire a du phénomène juridique, ce qui constitue, en soi, une forme de connaissance exploitable. Le concept de l'abus de droit met en lumière la subtilité de cette connaissance pratique au sein du phénomène juridique, laquelle se forge, en premier lieu, par la capacité du destinataire à agir avec discernement. Le destinataire de la fondamentalité en est son premier interprète, il doit mettre en relation de manière pertinente la signification du discours avec le contexte d'action. Cette connaissance, produite sur une base inférentielle, résulte donc des facultés de discernement du destinataire, mais aussi d'une forme de connaissance propositionnelle préalable sur le discours juridique – le dualisme connaissance pratique et connaissance théorique doit ainsi être relativisé au sein du phénomène juridique. Le destinataire agit effectivement en fonction d'une connaissance antérieure sur le droit, ne serait-ce que pour savoir ce qui est juridiquement concevable<sup>2</sup>. Par suite, et au regard des enseignements du concept de l'abus de droit, le processus de signification des droits fondamentaux, axé sur l'interaction entre les usages, implique que la connaissance pratique immanente à l'exercice valide d'un droit devienne un savoir propositionnel au sein de la communauté de discours, après l'action traductrice des interprètes authentiques. En dernière analyse, bien sûr, ce sont les interprètes authentiques qui transforment l'état de fait d'impulsion individuelle en un état de droit<sup>3</sup>.

**545.** Prenons pour exemple la signification juridique de l'appel au boycott. Dans une affaire déjà évoquée, où des individus appelant au boycott des produits israéliens ont été condamnés pour incitation à la discrimination économique, la Cour EDH a conclu à la violation de l'article 10<sup>4</sup>. Selon l'interprète privilégié de la Convention, l'appel au boycott, visant à communiquer des opinions protestataires tout en appelant à des actions spécifiques qui leur sont liées, est une *pratique significative du droit à la liberté d'expression*, pour autant qu'il ne

---

<sup>1</sup> « L'*affordance*, néologisme proposé par le psychologue américain James Jerome Gibson, traduit fidèlement cette faculté de l'homme, et de l'animal en général, à guider ses comportements en percevant ce que l'environnement lui offre en termes de potentialités d'actions » (M. Luyat, T. Regia-Corte, « Les affordances : de James Jerome Gibson aux formalisations récentes du concept », *L'Année psychologique* (vol. 109), 2009/2, p. 298).

<sup>2</sup> « Le premier moment de tout acte de volonté est, on l'a vu, la conception. Avant de vouloir, l'esprit se représente diverses choses qu'il peut vouloir ou ne pas vouloir ; il se représente les effets de droit qui se produiront s'il veut telle ou telle chose » (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 224).

<sup>3</sup> H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », *L'interprétation dans le droit*, préc., p. 15.

<sup>4</sup> Cour EDH, 11 sept. 2020, *Baldassi et a. c/France*, préc., §§ 63-64. La Cour de Cassation avait, elle, considéré que l'appel au boycott consiste en une provocation à la discrimination dès lors qu'il constitue « un acte positif de rejet, se manifestant par l'incitation à opérer une différence de traitement à l'égard d'une catégorie de personnes, en l'espèce les producteurs de biens installés en Israël » (Cass. Crim., 20 oct. 2015, n° 14-80.020).



constitue pas un appel à la discrimination d'autrui. En la matière, le concept de l'abus de droit s'assure du correct discernement pratique opéré par les destinataires des normes. Il faut dire que « l'appel à la discrimination relève de l'appel à l'intolérance, lequel, avec l'appel à la violence et l'appel à la haine, est l'une des limites à ne dépasser en aucun cas dans le cadre de l'exercice de la liberté d'expression ». La connaissance pratique inhérente à l'action individuelle peut donc révéler une perception fine de l'environnement normatif, lorsqu'en l'occurrence, « inciter à traiter différemment ne revient pas nécessairement à inciter à discriminer »<sup>1</sup>.

« En effet, d'une part, les actions et les propos reprochés aux requérants concernaient un sujet d'intérêt général, celui du respect du droit international public par l'État d'Israël et de la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés, et s'inscrivaient dans un débat contemporain, ouvert en France comme dans toute la communauté internationale. D'autre part, ces actions et propos relevaient de l'expression politique et militante [...]. La Cour a souligné à de nombreuses reprises que l'article 10 § 2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général. [...] [P]ar nature, le discours politique est source de polémiques et est souvent virulent. Il n'en demeure pas moins d'intérêt public, sauf s'il dégénère en un appel à la violence, à la haine ou à l'intolérance. Là se trouve la limite à ne pas dépasser »<sup>2</sup>.

Une nouvelle fois, sans préjuger de l'opportunité normative, il apparaît dans cette affaire que les destinataires des normes, à travers leur usage valide de la liberté d'expression, ont appréhendé correctement, dans ce contexte d'action et en tant que premiers interprètes, le sens du discours de la fondamentalité. Dès lors, théoriquement, la contextualisation pragmatique du concept de l'abus de droit, d'un point de vue interdiscursif et intersubjectif, est d'abord opérée par les destinataires eux-mêmes, même si elle ne préjuge pas, en l'absence d'interprétation authentique, de la validité juridique de l'action, et donc du sens concret du droit invoqué. Par ailleurs, dans cette affaire, ce sont bien les destinataires des normes qui ont orienté le sens de la fondamentalité, en faisant de la pratique sociale du boycott dans des conditions pacifiques

---

<sup>1</sup> *Baldassi et a. c/France*, § 64.

<sup>2</sup> *Ibid.*, §§ 78-79.

un nouvel usage valide de la liberté d'expression. La signification juridique attachée à l'usage rejoint alors, logiquement, les enjeux de l'autonomie publique dans une communauté politique<sup>1</sup>.

« Nous sommes nous-mêmes – et pas seulement l'État – dans la situation d'avoir à affronter chaque fois une indétermination et d'avoir à soutenir, *au nom de ce que nous considérons comme la vérité, comme la justice*, qu'un droit est inadmissible ou admissible »<sup>2</sup>.

Du point de vue de la signification juridique aussi, « il n'y a pas de protection des droits qui tienne sans exercice collectif des responsabilités »<sup>3</sup>.

### *B. L'usage d'un droit pour la responsabilité de la fundamentalité*

**546.** Le processus normatif en droit repose, et c'est une trop banale généralité, sur le principe de responsabilité des destinataires des normes. La matière pénale en particulier témoigne des enjeux complexes liés au concept proprement juridique de responsabilité. Un concept qui a connu des divisions, des spécifications, notamment dans la nécessaire différenciation entre culpabilité et imputation<sup>4</sup>. L'imputation supposant, à l'origine du moins, un certain état de conscience de la part du sujet<sup>5</sup>. Cette idée simple que l'Homme, doué de libre

---

<sup>1</sup> D'ailleurs, dans cette affaire, le TGI de Pontoise avait considéré que l'appel au boycott relève de la « critique pacifique de la politique d'un État » et « du *libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique* » (20 déc. 2013, n° 10-208005397, nous soulignons).

<sup>2</sup> C. Lefort, *Le temps présent (Écrits 1945-2005)*, Paris, Belin, 2007, p. 395, nous soulignons.

<sup>3</sup> F. Ost, « Stand up for your rights », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, préc., p. 68.

<sup>4</sup> B. Pereira, « Responsabilité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], déc. 2020. L'imputation (en son sens plus général) est déjà un concept central de la loi juridique selon la théorie pure du droit, en opposition à la causalité de la loi naturelle : « le fait que la signification de la connexion des éléments dans la proposition juridique ne soit pas identique à ce qu'elle est dans la loi naturelle, a sa source dans cette donnée que, dans la proposition juridique, la connexion est établie par une norme posée par l'autorité juridique, c'est-à-dire par un acte de volonté, alors que la connexion de la cause et de l'effet qui est énoncée dans la loi naturelle est indépendante de toute semblable intervention » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 106).

<sup>5</sup> F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 2009, p. 7 : « nos sociétés occidentales, à mesure qu'elles évoluent, vont accorder une attention croissante à l'individu, sujet de la sanction. Cet essor de l'individualisme va entraîner, selon Fauconnet, une responsabilité pénale de plus en plus subjective (...) se traduisant, globalement, par une régression de l'imputation du crime (...). L'exigence d'une volonté libre à l'origine du crime va devenir la condition primordiale à toute imputation d'un acte délictueux. Dès lors, la responsabilité pénale se concentre sur l'homme (...). Cette exigence de volonté va bientôt être accompagnée d'une exigence de conscience ou d'intelligence, c'est-à-dire d'une perception, par l'agent, du caractère illicite de son action ; la responsabilité pénale ne pourra, alors, plus être engagée à l'encontre des déments et des jeunes enfants, n'ayant pas eu pleinement conscience de la portée de leurs actes. Et si, cette idée de libre arbitre a, depuis, subi bien des attaques, elle demeure encore aujourd'hui une exigence fondamentale de notre responsabilité pénale. En ce sens, le Code pénal déclare irresponsable l'auteur d'un acte incriminé dont le discernement a été aboli par un

arbitre et de la faculté naturelle à raisonner, est responsable de ses actes. L'autonomie privée du destinataire des normes dont le fondement réside en l'autonomie morale de la personne. Bien sûr, l'infrastructure de la fundamentalité s'est également structurée autour de cette représentation de l'individu libre et responsable, une dualité que le droit aura rendue inséparable. Le processus de signification des droits fondamentaux, tel que mis en lumière par le concept de l'abus, témoigne également de cette responsabilité dans la libre détermination. Axée sur l'usage, la signification concrète de la fundamentalité illustre la manière dont les facultés cognitives du destinataire des normes sont les véritables sources de sa responsabilité juridique et démocratique.

547. Au regard de la logique conceptuelle de l'abus de droit, il est clair que le destinataire des normes doit mettre en œuvre des facultés de perception, d'anticipation, de discernement, de modération dans l'exercice des droits fondamentaux. Dans l'affaire évoquée d'appel au boycott, l'usage de la liberté d'expression s'est opéré, selon le juge européen des droits de l'homme, sans intolérance, ni haine, ni violence<sup>1</sup>. Cette aptitude du destinataire à *concevoir* correctement sa liberté, et donc à maîtriser ses propres facultés d'action normatives, est la source de son autonomie autant que de sa responsabilité. Elle est sa manière de raisonner, de faire sens, et finalement *d'être au monde*<sup>2</sup> : « le jugement fait que je me sens chez moi dans le monde des phénomènes, donc dans le monde dans lequel je vis »<sup>3</sup>. Aussi, l'œuvre de l'interprète authentique, eu égard aux connaissances théoriques accumulées sur le droit applicable, ne consiste plus qu'à orienter et à fixer *le savoir-faire* situé dans l'action individuelle. Lorsque l'usage du droit est valide, ce savoir-faire devient un savoir propositionnel sur le droit. Les normes concrètes produites en matière de droits fondamentaux sont alors des règles de *savoir agir*, de *savoir-être* au regard du discours de la fundamentalité. Le sens concret du droit proposé par l'individu à travers son usage, et orienté par la connaissance théorique de l'interprète authentique, intègre l'horizon significatif de l'objet du droit en général. L'action conjointe du destinataire des normes et de l'interprète authentique sur le plan de la signification juridique forme « une boucle constructive de connaissance »<sup>4</sup>. Une

---

trouble mental au moment des faits, ou qui a agi sous l'empire d'une force irrésistible. Dans le même sens, il subordonne la responsabilité pénale du mineur à une capacité de discernement » (*nous soulignons*).

<sup>1</sup> Cour EDH, 11 sept. 2020, *Baldassi et a. c/France*, préc., § 71.

<sup>2</sup> J. Raz cité par S. Besson, « Le régime général de la diligence due (I) : un standard fondé sur l'égalité souveraineté et la multiplicité des institutions internationales » (*Diligence et négligence en droit international*), *Cours au Collège de France* [en ligne], 25 fév. 2021.

<sup>3</sup> H. Arendt, *Journal de pensée (1950-1973)*, Paris, Seuil, 2005, p. 948.

<sup>4</sup> E. Morin, *La méthode. La connaissance de la connaissance*, Éditions du Seuil, 1986, p. 152.

connaissance dynamique et pragmatique rendue nécessaire par l'indétermination spéciale de la fondamentalité autant que par la complexité de son contexte social d'application. Du reste, selon une telle conception de l'intelligence cognitive pratique à l'œuvre au sein du processus de signification, pour laquelle le destinataire *s'approprie* les droits fondamentaux, la fondamentalité, *au sens juridique*, ne devrait concerner, *théoriquement*, que la communauté humaine. L'*itinéraire* significatif des droits fondamentaux nécessite, de la part des destinataires saisis en communauté de discours, une *conscience de la fondamentalité*. En matière de fondement particulièrement, le sens juridique est un projet finalisé. Comme l'exprime avec force S. Goyard-Fabre : « les règles de droit ne peuvent être neutres. Parce que la raison pratique n'est pas autre que la raison théorique, elles véhiculent dans leurs prescriptions l'idée d'une fin que seul l'homme, à la différence des animaux, est capable de se proposer. Les règles qui norment l'action sont la figure juridique d'un principe régulateur qui, expressément téléologique, indique un horizon de sens et de valeur »<sup>1</sup>.

**548.** Il réside dans la signification des droits fondamentaux le potentiel individuel d'un *raisonnement* qui infère de nouveaux sens et qui est source de *responsabilité* du destinataire des normes. Car l'enjeu de la signification juridique est directement normatif. La signification concrète des droits fondamentaux détermine bien sûr le régime juridique applicable. L'usage significatif est certes compréhensif du point de vue de l'objet du droit, mais il est surtout normatif, par l'application, au fait social valide, du régime protecteur de la fondamentalité. Simplement, l'usage qui signifie le droit est une faculté d'action normative qui bénéficie de la protection juridique attachée à ce droit<sup>2</sup>. En tant que police de la signification, le concept de l'abus, d'un point de vue cognitif, est une police de l'expérience de la fondamentalité. Il est une police du raisonnement, du *savoir agir*, de la connaissance dans l'action, et, en dernière analyse, de la *conduite*. D'un point de vue cognitif aussi, l'abus de droit fondamental préserve l'intégrité logique du discours de la fondamentalité en s'assurant que ses premiers interprètes, les destinataires des normes, *raisonnent* convenablement vis-à-vis du discours. En réalité, ce sont ces dispositions cognitives pratiques du destinataire qui susciteront l'action normative en droit. À la fin, l'impulsion normative individuelle est la capacité à inventer le sens des droits. Derrière

---

<sup>1</sup> *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 380.

<sup>2</sup> Ces facultés normatives peuvent consister précisément en une faculté d'action, d'abstention, ou de prestation, si bien que certains auteurs ont institué une dichotomie entre "droit actif" et "droit passif" (cf. not. J. Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, 160 p.). Quoi qu'il en soit, ces droits visent, en dernière analyse, des dispositions à agir juridiquement valides.

les usages, il y a *des formes de vie*<sup>1</sup>, *des actions sensibles*<sup>2</sup> qui forment de nouvelles *manières d'être* de la fondamentalité. Les destinataires des droits fondamentaux sont les acteurs de leur régénération constante, et avec eux, des fondements de l'ordre juridique.

## § 2. L'accès de l'individu au discours de la fondamentalité, un accès au fondement de l'ordre juridique

**549.** D'un point de vue strictement juridique, et logiquement en matière de droits fondamentaux, nous en finissons avec ce par quoi nous avons commencé : la question du fondement. La question de savoir si les droits fondamentaux sont au fondement de l'ordre juridique intéresse particulièrement la doctrine qui, peut-être à la recherche d'une troisième voie entre naturalisme et positivisme, s'attache à concevoir un *néo-objectivisme*<sup>3</sup>, convaincue que les droits fondamentaux expriment « des valeurs objectives et connaissables, constitutives de la démocratie et de l'État de droit »<sup>4</sup>. Les droits fondamentaux donneraient immédiatement accès au fondement, et ce fondement serait celui de l'ordre juridique, voire de la société démocratique dans son ensemble.

**550.** La connaissance délivrée par le concept de l'abus de droit n'est certainement pas de nature à apaiser les controverses théoriques relatives au fondement du phénomène juridique. En premier lieu, celles tenant à la possibilité même de connaître ce fondement. Néanmoins, le concept de l'abus éclaire la manière dont le discours de la fondamentalité se positionne lui-même, de manière performative en quelque sorte, au fondement du droit. Si bien que ce que

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, « La connaissance pratique », *Cours au collège de France* [en ligne], 15 avril 2015.

<sup>2</sup> « Les sens sont des appareils à faire des concrétions avec de l'inépuisable, à faire des significations existantes » (M. Merleau-Ponty, *Le Visible et l'Invisible, notes de travail*, « Transcendance de la chose et transcendance du fantasme », mai 1959, p. 242 cité par C. Lapierre, « Le fondement imaginaire du perçu chez Merleau-Ponty et Grimaldi », préc., p. 360).

<sup>3</sup> Les « théories néo-objectivistes défendent un concept de droits fondamentaux forgé sur la rencontre entre la forme juridique et certaines théories des valeurs. Ce nouveau concept de droits fondamentaux définit une axiologie normative qui structure les ordres juridiques contemporains et qui est destinée à servir de principes d'action à tous les acteurs publics ou privés » (V. Champeil-Desplats, « Identifier un concept unique de "droits fondamentaux" ? », préc., p. 869).

<sup>4</sup> V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 5 ; J. Chevallier, *L'État de droit*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2017, 160 p. Problème, entre jusnaturalisme et positivisme, il y a sans doute un nombre infini de « troisièmes voies sur le grand marché des discours théoriques » (C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, Paris, 2010, p. 365).

l'on pouvait penser être du pré-discursif serait en réalité, encore, du discursif<sup>1</sup>. Il n'est donc pas question de savoir si les droits fondamentaux sont effectivement au fondement de l'ordre juridique, comme le Big Bang serait au fondement de l'Univers, mais de comprendre comment la communauté d'interprétation du droit institue, à travers le discours de la fundamentalité et ses concepts constitutifs, un modèle du fondement, une *parole auto-instituante*<sup>2</sup> (A). En même temps, les prétentions du discours de la fundamentalité à *reformuler* les fondements logiques et axiologiques du droit poursuivent une finalité pratique de normativité concrète. Autrement dit, en matière de droits fondamentaux, le processus normatif concret est chargé des fondements de l'ordre juridique. En accédant au processus de signification de ces droits, le destinataire des normes accède au modèle de fondation de l'ordre juridique (B).

### A. Les droits fondamentaux au fondement de l'ordre juridique

**551.** Poser la question du fondement en droit, c'est sans doute, d'abord, se poser la question de son idéalisation. En matière juridique, l'idéal du fondement stable est entretenu par les interprètes authentiques ou scientifiques, qui œuvrent à la rationalisation du phénomène. Il y a là quelque chose de psychanalytique selon G. Tusseau, citant V. J. Frank : « l'enfant (1) prend ses désirs pour des réalités et, (2) dans l'intérêt de son désir d'harmonie, [...] de sécurité et de certitude, se construit un monde simplifié, unifié et stable à l'excès pour satisfaire ses désirs, sans se préoccuper du désaccord entre cette construction et le monde de l'expérience réelle, et (3) est aidé lors de l'invention de ce monde par sa croyance implicite en l'efficacité magique des mots »<sup>3</sup>. L'idéalité du fondement en droit est authentiquement *problématique*, elle est cette *œuvre à toujours poursuivre et à toujours recommencer*<sup>4</sup>. C'est ce que prétend faire le discours de la fundamentalité, dont le vague ontologique n'est pas de nature à rassurer la part enfantine du juriste. Si, sur un plan rhétorique, les droits fondamentaux se positionnent

---

<sup>1</sup> S'agissant plus spécifiquement du langage, J. Bouveresse disait : « Dès qu'on essaie de sortir du langage par les moyens du langage, on retrouve fatalement quelque chose qui appartient encore au langage » (*Le Philosophe et le Réel, Entretiens avec Jean-Jacques Rosat*, Paris, Hachette, 1998, p. 43 cité par J.-B. Le Bohec, « Bobbio, disciple de Wittgenstein. Philosophie du langage ordinaire et épistémologie juridique », *Droits*, 2017/1, n° 65, pp. 201-213).

<sup>2</sup> C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, préc. p. 192.

<sup>3</sup> V.J. Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), 6<sup>e</sup> éd., London, Stevens & Sons Limited, 1949, 368 p. cité par G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle... », p. 641.

<sup>4</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, préc., p. XII.

effectivement au fondement de l'ordre juridique<sup>1</sup>, voire de la société démocratique<sup>2</sup>, leur irréductible indétermination devrait ruisseler, symboliquement et logiquement, sur le droit positif dans son ensemble. Le phénomène de la fundamentalité a été décrit comme un processus significatif continu ; le fondement est alors ce qui détermine les orientations, *le sens* des droits dans une perspective normative<sup>3</sup>. Une autre manière de le dire est qu'en matière normative, le fondement est la finalité. Il n'est pas étonnant, dès lors, qu'en cette « matière des droits fondamentaux, on ait l'impression de toujours avancer en cercles »<sup>4</sup>.

**552.** La spécificité du discours de la fundamentalité est de porter une justification existentielle de l'ordre juridique au sein du processus normatif concret. La dynamique discursive des droits fondamentaux mobilise les exigences axiologiques, tout en les astreignant à une structure logique et argumentative proprement juridique<sup>5</sup>. Le concept de l'abus de droit, en tant qu'il oriente le sens de la fundamentalité, témoigne de la manière dont ce discours du fondement fait intervenir des valeurs objectives<sup>6</sup> ainsi que des exigences intersubjectives pratiques au sein d'une communauté de droit. À partir de l'usage d'un droit allégué, la communauté d'interprétation de la fundamentalité est amenée à dialoguer sur le sens de ce discours. Le discours des droits fondamentaux s'apparente à une œuvre contractualiste concrète. Les choix d'existence exprimés par des droits, et soumis à la raison juridique, sont sans cesse questionnés, problématisés, réfléchis. Caractéristique du discours, la fundamentalité

---

<sup>1</sup> Ainsi, la Cour EDH considère que le respect des droits prévus par la Convention, en tant *qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen*, « l'emporte » sur l'intérêt de la coopération internationale (25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c/France*, préc., § 116).

<sup>2</sup> Pour la Cour EDH encore, « la liberté d'expression constitue l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (*Handyside c/Royaume-Uni*, préc., § 49).

<sup>3</sup> Conformément à lecture sémiotique peircienne, le fondement déterminera la traduction de signes juridiques en d'autres signes juridiques pour le besoin de l'activité normative pratique.

<sup>4</sup> P. Ferreira Da Cunha, *Droit et récit*, 2003, Dikè, p. 87.

<sup>5</sup> Comme le droit, la nature du discours de la fundamentalité est logique. Pour E. Picard, « le vrai droit se présente moins comme un contenu préétabli, que comme une démarche rationnelle et axiologique propre à découvrir des principes et des contenus normatifs devant s'appliquer *hic et nunc* car ce sont eux qui, tout bien considéré, apparaissent comme le plus raisonnablement propres à régir convenablement et justement telles situations en cause » (« L'état du droit comparé en France, en 1999 », préc., p. 914).

<sup>6</sup> On l'a vu, les valeurs explicitement et actuellement protégées par l'article 17 de la Convention EDH sont : la justice et la paix, le caractère démocratique des régimes politiques, le règlement pacifique des conflits internationaux, le caractère sacré de la vie humaine, la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination, l'égalité entre les hommes et les femmes, la coexistence, hors de toute ségrégation raciale, des membres composant la société (*supra*. § 167).

est argumentative et réflexive par nature. Outre la nécessaire axiologie des fins, c'est donc une méthode qui est au fondement du droit<sup>1</sup>.

**553.** Le fondement méthodique du discours juridique, incarné partiellement par le concept de l'abus de droit fondamental, ne doit pas être réduit trop rapidement à l'abstraction, et donc à l'idéalisation de la question du fondement. En vérité, les droits fondamentaux ne sont pas que les supports discursifs à la méditation des fondements de l'ordre juridique. Ils sont, avant toute chose, des facultés normatives concrètes. Des pouvoirs de s'exprimer, de s'associer, de manifester, de croire, de contester, de participer, de voter, de recourir au juge, de vivre dignement... Cet enjeu normatif pratique fait de la fundamentalité « un ordre axiologique concret »<sup>2</sup> au fondement du droit. « La perspective pratique du cas d'espèce voit donc un prolongement tout aussi pratique dans la fondation de l'ordre juridique »<sup>3</sup> si bien que « les droits fondamentaux, dans l'hypothèse où leur appellation inspire en effet l'idée qu'ils remplissent la fonction de fonder, ne se réalisent que dans la perspective pratique du cas d'espèce et de l'ordre juridique par lesquels ils sont agis »<sup>4</sup>. À travers le discours de la fundamentalité, c'est bien du droit qui est au fondement du droit<sup>5</sup>.

**554.** Si la normativité proprement discursive des droits fondamentaux rationalise la question du fondement, elle ne la dépolitise pas. Au fondement de l'ordre juridique, il s'agit plutôt « d'appliquer la raison à l'imagination pour mieux mouvoir la volonté »<sup>6</sup>. Car, au bout du compte, en droit, il y a toujours au fondement une volonté. L'abus de droit, en tant qu'il

---

<sup>1</sup> Sur ce point, la lecture discursive de la fundamentalité n'est pas bien éloignée de l'exigence pure transcendantale au fondement du normativisme kelsennien. Selon l'analyse lumineuse de F. Goyard-Fabre : « dans l'œuvre de Kelsen, la problématisation importe davantage que la réponse : l'auteur de la théorie pure du droit, cherchant à saisir ce qui fonde la validité de tout ordre juridique positif, est en quête de *la loi même de la pensée* dont le projet est de faire pénétrer la normativité pure qu'exige la raison dans la diversité et la contingence de l'expérience. L'idée normative que condense la présupposition de la "constitution originaire hypothétique" s'incorpore dans le flux de l'empirie pour instituer le droit positif dans l'entre-deux du désordre spontané de la vie (le Sein) et du besoin d'ordre de la raison (le Sollen). Ainsi tout système juridique manifeste-t-il le pouvoir *synthétique* de liaison qui est par excellence la fonction transcendantale de l'esprit. Reconnaître que la condition de possibilité de l'ordre juridique appartient à un horizon transcendantal est une question de *méthode* et de problématique, non de métaphysique et d'idéologie » (*Les fondements de l'ordre juridique*, préc., pp. 368-369).

<sup>2</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 277.

<sup>3</sup> C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, préc., p. 243.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 313 : « Au regard de la théorie du droit positif, seul du droit peut être source du droit ».

<sup>6</sup> F. Bacon, *Of the advancement of learning*, OUP, Liv. II. XVIII. 1 cité par C. Perelman, *Logique juridique*, préc., p. 119.



aiguille la signification concrète de la fundamentalité, est d'abord un concept contemplateur de la volonté qui s'accomplit par l'exercice des droits. La volonté individuelle agite le sens des droits en espérant orienter, à son tour, les fondements de l'ordre juridique.

*B. Du potentiel signifiant de la volonté individuelle au fondement de l'ordre juridique*

**555.** Les droits et libertés au fondement de l'ordre juridique français, c'est ce que prévoit le bloc de constitutionnalité, notamment le préambule<sup>1</sup> et l'article 16 de la DDHC. Au-delà des droits garantis, c'est une conception générale de la liberté que l'on veut faire présider à la structuration du droit. La référence est connue, pour le Commissaire du gouvernement Corneille, « le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception »<sup>2</sup>. Seulement, la DDHC confère à la loi la fixation du régime des libertés. Avec le constitutionnalisme moderne, ces droits sont inscrits dans des constitutions nationales et des déclarations internationales, sous le contrôle des juges. L'ambiguïté se dessine, la liberté juridique n'est la règle que fixée par le droit, en tant que discours objectif.

**556.** Le discours de la fundamentalité institue ainsi le dialogique dans la conception juridique de la liberté. La faculté normative du destinataire témoigne de ce que l'objet d'un droit n'est pas absolument fixé, il ne renvoie pas à une représentation statique et parfaitement établie, mais est au contraire discuté au sein de la communauté d'interprétation juridique, sous fond d'un imaginaire discursif commun. Le discours des droits fondamentaux, au fondement de l'ordre juridique, s'appuie effectivement sur un consensus d'arrière-plan de la communauté

---

<sup>1</sup> « Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous » (Préambule de la DDHC).

<sup>2</sup> Conclusions sous l'arrêt CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

d'interprétation à propos des valeurs qu'elle entend partager<sup>1</sup>. L'impulsion normative individuelle est-elle de nature à remettre en cause ce *consensus minimal*<sup>2</sup> qui fonde le droit positif ? L'action conceptuelle de l'abus de droit a déjà montré en quoi cette représentation d'un individualisme débridé par les droits fondamentaux devait être grandement relativisée. La contextualisation pragmatique d'une prétention normative intègre les exigences de l'entente intersubjective au sein même de la signification d'un droit. Si le droit fondamental peut être au départ une prétention individuelle, mais aussi collective, celle-ci est nécessairement appréciée, de l'intérieur en droit, au regard des règles constitutives du discours de la fundamentalité dans son ensemble. Du reste, l'intérêt porté par la prétention individuelle n'est pas nécessairement et absolument privé ou égoïste, il peut aussi consister en une véritable « orientation axiologique (...) dès lors que d'autres sujets le partagent dans des situations analogues »<sup>3</sup>. La volonté individuelle peut porter en droit des intérêts généralisables. En tout état de cause, le processus de signification d'un droit fondamental internalisera l'équilibre juridique entre la revendication particulière et la préservation du consensus politique d'arrière-plan sur *le sens* de l'ordre juridique. Les expressions de l'identité privée sont amenées à être formulées dans le langage structurel de l'ordre juridique et de la communauté politique. En ce sens, le discours de la fundamentalité fait société.

**557.** Pour autant, l'objectivité logique de la fundamentalité, en tant que discours structurel de la société politique, est complexe<sup>4</sup>, dynamique et réflexive. Il est certain que les

---

<sup>1</sup> Au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, le Préambule de la CDFUE énonce : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ». De même, l'article 2 du TUE prévoit que « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Enfin, l'article 21 § 1 de ce traité dispose que « L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde : la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international ».

<sup>2</sup> J. Habermas, J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, préc.

<sup>3</sup> J. Habermas, J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, préc., p. 153.

<sup>4</sup> Une complexité qui n'est pas propre au phénomène juridique. Pour P. Legendre, « on aperçoit ainsi qu'à travers la question du fondement, jouent plusieurs niveaux de discours, que la tradition occidentale, comme toute tradition, nous met sous les yeux : le niveau posant la rationalité qui fonde les casuistiques légales, et le niveau qui fait écho au tourment subjectif des images » (« Anthropologie dogmatique. Définition d'un concept », préc., p. 29).

droits fondamentaux ne sont pas de simples normes éthiques de commandement<sup>1</sup>, dictant de manière autoritaire la conduite à adopter. Le concept de l'abus a montré en quoi ils formulaient plutôt la mesure idéale de l'entente intersubjective dans les manifestations de la liberté<sup>2</sup>. De ce point de vue, la liberté juridique se rapporte à la possibilité d'amender ces représentations en droit, *lourdes d'effets sociaux tangibles*<sup>3</sup>. L'objet d'un droit ne se réduit pas au bon vouloir du titulaire, mais il ne lui est pas complètement indépendant non plus<sup>4</sup>. Au sein du processus de signification de la fundamentalité, la liberté individuelle consiste en la possibilité de faire un usage significatif des droits. Or, la faculté normative individuelle devient un enjeu de principe si le discours de la fundamentalité engage effectivement les fondements de l'ordre juridique à chaque application concrète. Surtout, *ces usages significatifs, impulsés par les destinataires et rationalisés par les interprètes authentiques, finissent par constituer l'objet même des droits fondamentaux qu'ils visaient*. On l'a vu en matière de vie privée, l'expérience normative pratique fait de ces usages significatifs l'objet qu'ils signifiaient<sup>5</sup>. L'objet d'un droit fondamental est donc lui-même un signe, ce que la sémiotique réaliste peircienne conçoit aisément<sup>6</sup>. Par suite, le fondement de l'ordre juridique est lui aussi en signes, nécessairement symboliques<sup>7</sup>, objet d'interprétations antérieures et qui ne se conçoit que par l'interprétation, jusqu'à être *idéalement* représenté au sein d'une *interprétation finale*<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, éd. A. Gutmann, Princeton University Press, 2001, pp. 66-68.

<sup>2</sup> Pour P. Amsselek, « les normes juridiques apparaissent constituer des *modèles de déroulement de faits d'activité humaine dans le cours des choses, des modèles de survenance de choses humaines dans le flux événementiel* » (« La phénoménologie et le droit », préc., p. 224. L'auteur fait référence à G. Hostelet, *L'investigation scientifique des faits d'activité humaine*, Paris, Rivière, 1960).

<sup>3</sup> En matière de fundamentalité particulièrement, « les mots ne sont jamais indifférents : véhiculant une certaine représentation du réel, qu'ils imposent comme vérité absolue et incontestable, ils sont en même temps, et indissociablement, action sur le réel. L'ordre des mots vaut ordre des choses, la transmutation du réel, devenu par la magie des mots accessible, visible, intelligible, n'est pas seulement imaginaire : derrière les jeux et les conflits de mots se livre une guerre permanente des significations, lourde d'effets sociaux tangibles » (J. Chevallier, « Figures de l'usager », dans *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, 1985, p. 35).

<sup>4</sup> Contrairement à ce qu'affirmait L. Duguit, pour qui, « la substance du droit est indépendante du vouloir réel du titulaire » (*Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 182).

<sup>5</sup> Dans son schéma sémiotique réaliste, Peirce évoquait déjà cette expérience collatérale, ce système d'habitude qui en un sens crée l'objet (C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 43 ; *supra* § 20).

<sup>6</sup> « Tout signe représente un objet indépendant de lui-même ; mais il ne peut être un signe de cet objet que dans la mesure où cet objet a lui-même la nature d'un signe, de la pensée. Car le signe n'affecte pas l'objet mais en est affecté, de sorte que l'objet doit être capable de communiquer la pensée, c'est-à-dire doit avoir la nature de la pensée ou d'un signe » (C.S. Peirce, *The Collected Papers*, préc., vol. 1, § 538 ; cf. égal. C. Tiercelin, « Pour une sémiotique réaliste d'inspiration peircienne (2). Signifier, asserter, raisonner et agir », (Sémiotique et ontologie. Suite et fin), *Cours au Collège de France* [en ligne], 16 mars 2021).

<sup>7</sup> C. Tiercelin, « Le pragmatisme : une réévaluation », *Séminaire Collège de France* [en ligne], 13 février 2013.

<sup>8</sup> C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 43.

558. Le fondement de l'ordre juridique est donc l'objet d'une activité de signification constante, au sein de laquelle le destinataire des normes juridiques, à travers ses usages de droits fondamentaux, a un rôle à jouer. Cette signification inépuisable de la fundamentalité est un projet constituant continu. Les droits fondamentaux au fondement de l'ordre juridique, c'est une conception du droit qui se concentre autant sur les potentiels que sur les fins : « certes, c'est le droit qui, au jour le jour, règle la liberté et doit le faire *nécessairement*, au nom même de la liberté ; mais, en réalité, c'est plutôt *la liberté en son principe qui tout aussi nécessairement régit le droit au point de le fonder* »<sup>1</sup>. Leurs sens consciemment appropriés, les droits fondamentaux constituent des *ressources*<sup>2</sup>, dans le monde du droit, pour *l'invention des structures concrètes de l'ordre juridique*<sup>3</sup>, autant que dans le monde social, pour *l'invention moderne du possible*<sup>4</sup>. L'indétermination fait partie du fondement, un fondement qui est dynamique, un fondement qui est discursif. Les *forces imaginantes du droit*<sup>5</sup> peuvent redonner force politique à l'initiative individuelle, et le discours de la fundamentalité recomposer les exigences démocratiques.

---

<sup>1</sup> E. Picard, « Préface », de S. Perera, *Le principe de liberté en droit public français*, préc., p. X.

<sup>2</sup> E. Picavet, *La revendication des droits*, préc., p. 59. Ces ressources juridiques peuvent avoir une portée politique, mais aussi économique. Ainsi, pour S.I. Benn, « Le telos d'un droit au sens juridique [*legal right*] est de donner aux personnes physiques [*natural persons*] des ressources institutionnelles normatives protégeant leurs capacités de sélectionner et de mettre en œuvre leurs propres projets » (*A Theory of Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 p. 240 cité et traduit par *ibid.*, p. 151).

<sup>3</sup> P. I. André-Vincent, « l'abstrait et le concret dans l'interprétation », préc., p. 137.

<sup>4</sup> C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, préc., p. 209.

<sup>5</sup> M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (tome II), Paris, Seuil, 2006, 360 p. « L'imagination accepte le multiple et le reconduit sans cesse pour y déceler de nouveaux "rapports intimes et secrets", de nouvelles "correspondances et analogies" qui seront elles-mêmes inépuisables comme est inépuisable toute *pensée des relations* qu'un montage inédit, à chaque fois, sera susceptible de manifester » (G. Didi-Huberman, *Atlas ou le gai savoir inquiet*, Paris, Les éditions de Minuit, 2011, p. 14).

## Section 2. Le rôle significatif de l'individu dans la constitution du langage structurel des sociétés démocratiques

559 . Parce qu'il s'épanouit en son sein, le concept de l'abus de droit oriente le regard de l'observateur sur les nécessités juridiques de l'indétermination des droits fondamentaux. Et comme il s'agit de fundamentalité, donc inévitablement de valeurs, d'éthique et de politique, il est tentant de laisser au concept-objet la présomption enrichissante de sa connaissance particulière. Tant pis, alors, si celle-ci porte jusqu'au domaine où le juriste doit faire preuve de modestie<sup>1</sup>, et pour lequel le droit prétend enseigner sur la politique. Car, à la fin, si l'indétermination des droits fondamentaux est un enjeu juridique prioritaire, elle est aussi une équivoque politique décisive de nos régimes démocratiques.

560. Aux côtés des théories délibératives notamment, une lecture juridique, qui s'intéresse au processus de signification de la fundamentalité, est susceptible de décrire efficacement certains enjeux de la société démocratique. Si, comme nous le prétendons, ces discours cognitifs ont en commun de mettre en valeur le rôle joué par la communication, la connaissance à la fois dense et perfectible du phénomène de la fundamentalité peut appréhender au mieux l'équilibre élaboré entre la possibilité individuelle à être libre et les enjeux contraignants d'un bien-être social collectif. Avant toute chose, l'objet du concept de l'abus de droit fondamental est de rechercher un tel équilibre. S'agissant des démocraties représentatives en particulier<sup>2</sup>, l'expression politique directe est prioritairement réalisée par l'exercice des libertés. Comme le pouvoir, la politique est disséminée, elle n'est pas qu'affaire de vote ou d'élection périodique, elle est aussi la détermination autonome et continue d'une existence publique. En ce sens, l'affirmation démocratique est permise par la liberté d'exprimer des convictions, de manifester des oppositions, de former des associations, d'adhérer à des syndicats, de pratiquer ou non une religion, de dispenser des enseignements, de créer des œuvres, de produire de la culture, de transmettre de l'information, de faire grève, etc.

---

<sup>1</sup> Particulièrement à propos d'un objet, la démocratie, pour lequel la connaissance, à tout le moins dans une perspective réaliste, est moins développée que ce que les nombreuses contributions laissent paraître, notamment s'agissant de la relation que ce régime entretient avec un certain nombre d'idéaux, « tels que l'ouverture, l'inclusion, la représentation, la responsabilité » (A. Lever, « Democracy and Truth », *Raisons politiques* [en ligne], 2021/1, n° 81, § 19).

<sup>2</sup> F. Robbe, « Démocratie représentative et participation », dans *La démocratie participative* F. Robbe (dir.), L'Harmattan, 2007, pp. 11-32.

561. *A priori*, l'appréhension juridique de la démocratie peut osciller entre deux grandes tendances. D'un côté, nombreuses sont les lectures contemporaines à avoir déployé des conceptions procédurales en vue d'atteindre la neutralité axiologique<sup>1</sup>, voire l'abstinence épistémique. Leur caractère normatif a pu tout de même être critiqué<sup>2</sup>, si l'on convient, entre autres, qu'une vision procédurale de la démocratie n'échappe pas à la substantialisation du concept de justice<sup>3</sup> et reste en soi l'expression d'une valeur. Les droits et libertés y ont d'ailleurs une place privilégiée, constitutive, qu'ils instituent l'égale participation à la discussion publique, qu'ils formulent la revendication politique ou identitaire, qu'ils assurent l'effectivité démocratique à travers des garanties normatives et institutionnelles, ou encore qu'ils protègent les minorités politiques et donc l'intégrité d'un régime authentiquement libéral<sup>4</sup>. D'un autre côté, le discours juridique, et celui de la fondamentalité en particulier, est animé par une conception substantielle de la démocratie, liée à celle de l'État de droit. Les droits et libertés sont porteurs de valeurs connaissables, qui lient le pouvoir et structurent les rapports intersubjectifs<sup>5</sup>. Du point de vue de la signification juridique, et c'est une évidence pour de

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, en lien avec sa théorie pure du droit, a pu défendre une vision de la démocratie comme simple méthode de création de l'ordre social, qui n'a pas affaire de vérité ou de supériorité axiologique du contenu (H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur* (réimpression de la 2<sup>e</sup> édition de 1932), Paris, Dalloz, 2004, pp. 101 et s. En ce sens, les analyses de C. Tiercelin, « (1) Pars construens : ce que pourrait être le concept de vérité (suite et fin). (2) Le concept de démocratie : aspects historiques » (Connaissance, vérité et démocratie), *Cours au Collège de France* [en ligne], 22 mars 2017). Chez J. Rawls (*Théorie de la justice* (1971), préc. ; *Justice et démocratie* (1978), trad. C. Audard et a., Seuil, 2000, 400 p.) la neutralité axiologique, envisagée comme l'absence de référence métaphysique monopolistique, et non une absence de valeurs agissantes, concède des principes de justice qui ne reposent pas nécessairement sur des considérations morales, mais ont pour base un accord intersubjectif adopté rationnellement. Sa théorie ne semble pouvoir se défaire d'une théorie générale, et idéale, du choix rationnel. Même en amendant ses conceptions de la position originelle et du voile d'ignorance, J. Rawls a reconnu que sa théorie de la justice politique repose sur deux facultés morales irréductibles au niveau individuel : le sens de la justice et le sens du bien. « Le premier renvoie au raisonnable – la capacité de proposer et d'agir en fonction de conditions équitables de la coopération sociale tout en présumant que les autres agissent de même ; la seconde renvoie au rationnel – la capacité d'avoir une conception rationnelle et cohérente du bien, lequel ne doit être poursuivi que dans les limites de ces conditions équitables » (J. Habermas et J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, préc., p. 116).

<sup>2</sup> Cf. not. P. Rosanvallon, « Histoire moderne et contemporaine du politique », *Leçon inaugurale au Collège de France* [en ligne], 28 mars 2002.

<sup>3</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., pp. 238-239.

<sup>4</sup> Pour R. Dworkin, l'institution de droits subjectifs s'envisage comme un pacte fondateur de la communauté politique correspondant à la « promesse de la majorité faite aux minorités que leurs dignité et égalité seront respectées » (*Taking Rights Seriously*, préc., p. 205). Chez J. Rawls, le fait que chaque personne ait un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous constitue l'une des deux *structures de base de la société* – au côté des fameuses conditions que doivent satisfaire les inégalités sociales et économiques (« Unité sociale et biens premiers », *Raisons politiques*, 2009/1, n° 33, p. 13).

<sup>5</sup> L. Ferrajoli, « Théorie des droits fondamentaux », dans M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), préc., pp. 219 et s.

nombreuses juridictions<sup>1</sup>, la fondamentalité et la démocratie sont des concepts interdiscursifs qui se constituent mutuellement.

**562.** Au-delà de la controverse théorique entre substantialisme et procéduralisme, la légitimité d'une lecture juridique de la démocratie est liée au rôle du droit dans les sociétés démocratiques contemporaines<sup>2</sup>, ce que M. Gauchet a nommé la *révolution juridique du*

---

<sup>1</sup> Pour la Cour EDH, on ne l'a que trop répété : « la démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de "l'ordre public européen" (...). Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique (...). La Cour a reconnu un certain nombre de dispositions de la Convention comme caractéristiques de la société démocratique. Ainsi a-t-elle estimé, dans son premier arrêt déjà, que dans toute "société démocratique au sens du préambule et des autres dispositions de la Convention", la procédure devant un organe judiciaire devait avoir un caractère contradictoire et public et que ce principe fondamental se trouvait consacré par l'article 6 de la Convention (...). La Cour a [aussi] maintes fois rappelé, par exemple, que la liberté d'expression constituait l'un des fondements essentiels d'une société démocratique (...), elle a [encore] relevé l'importance capitale de l'article 3 du Protocole n° 1 [le droit à des élections libres], cette disposition consacrant un principe caractéristique d'un régime véritablement démocratique » (*Parti communiste unifié de Turquie et a. c/Turquie*, préc. § 45). La CJUE considère, elle, que la liberté d'expression constitue « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste » et fait « partie des valeurs sur lesquelles est, conformément à l'article 2 TUE, fondée l'Union » (6 oct. 2020, *Privacy International*, préc., § 62). Pour le Conseil d'État, aussi, la liberté d'expression est essentielle à la démocratie, tant pour assurer le pluralisme de l'expression politique (CE, Ass., 8 avril 2009, n° 311136) que pour permettre l'exercice d'autres droits et libertés (CE, ord., 9 janv. 2014, n° 374508 ; cf. M.-J. Redor-Fichot, « Le recours à la notion de démocratie dans la jurisprudence du Conseil d'État », dans *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions*, préc., p. 25). Par exemple, la présence de la presse lors des manifestations, qui relève de la liberté d'expression, « revêt une importance particulière en ce qu'elle permet de rendre compte (...) de l'intervention des autorités publiques et des forces de l'ordre, et contribue ainsi notamment à garantir, dans une société démocratique, que les autorités et agents de la force publique pourront être appelés à répondre de leur comportement à l'égard des manifestations et du public en général » (CE, 10 juin 2021, n° 444849). Le Conseil constitutionnel a une jurisprudence similaire, considérant que la « liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (28 mai 2010, n° 2010-3 QPC ; cf. not. D. Rousseau, « Le recours à la notion de démocratie par le Conseil constitutionnel français », dans *ibid.*, p. 37). D'ailleurs, le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (11 oct. 1984, n° 84-181 DC), la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels (18 sept. 1986, n° 86-217 DC), le pluralisme des courants de pensées et d'opinions (1<sup>er</sup> juil. 2004, n° 2004-497 DC) et le pluralisme des médias (3 mars 2009, n° 2009-577 DC) constituent des objectifs de valeur constitutionnelle. Comme la Cour EDH, la Cour de cassation a affaire au concept de démocratie dès lors qu'elle se prononce sur la nécessité des restrictions à la liberté d'expression (S. Jacopin, « Le recours à la notion de démocratie par la Cour de cassation. Du rôle de la chambre criminelle dans la répression des délits de presse. "De ce qui est nécessaire dans une société démocratique" », dans *ibid.*, p. 45). Les propos qui portent sur un sujet d'intérêt général, eu égard à leur rôle dans une société démocratique, sont ainsi particulièrement protégés (Ass., 16 déc. 2016, n° 08-86.285). Il peut encore être évoqué les analyses de L. Burgorgue-Larsen à propos de la Cour ADHP, pour qui « de juge des droits de l'homme, la Cour africaine s'est transformée en juge de la démocratie » (*Les 3 Cours régionales des droits de l'homme*, préc., p. 287).

<sup>2</sup> « Le médium du droit, en particulier sous la forme moderne du droit positif, est un candidat sérieux pour apporter ici une explication. En effet, les normes juridiques rendent possibles des communautés hautement artificielles, associations de sociétaires juridiques égaux et libres dont la cohésion tient à la fois à la menace de sanctions externes et à la supposition d'un accord rationnellement motivé » (J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., p. 22).

*politique*<sup>1</sup>. En tant que langage structurel, discours de la société dans son ensemble, dont l'importance est accrue au regard du pluralisme des sociétés modernes, le droit a une emprise inégalée sur la normativité, et sans doute aussi, sur la normalité sociale<sup>2</sup>. Le discours juridique est adossé à un système institutionnel de légitimation et de sanction des normes édictées, si bien que la validité juridique reçoit une factualité sociale inégalable à l'échelle de la société dans son ensemble. En un mot, le système juridique prétend à la suprématie<sup>3</sup>. Le droit est par ailleurs le *medium* de communication de la communauté politique, la référence indépassable de la discussion publique. Les droits fondamentaux en particulier, en tant que discours du fondement à destination et à disposition de l'action normative individuelle, jouent un rôle constitutif des attentes de comportement. Le processus de signification de la fundamentalité, tel que mis en lumière par le concept de l'abus de droit, porte ainsi une connaissance *réaliste* de la société démocratique (§ 2) qui prend ancrage dans l'empirisme des droits (§ 1).

---

<sup>1</sup> « Le nouvel ordre [politique] demande à être étayé par en bas ; il exige une nouvelle *fondation en droit*. C'est à ce problème que va répondre le déploiement du droit naturel moderne. On peut parler, à propos de cette entreprise, d'une *révolution juridique du politique*, puisqu'il va s'agir de redéfinir entièrement le lien politique sur la base d'une nouvelle source et norme du droit, la source constituée par les droits subjectifs des individus » (M. Gauchet, « Les tâches de la philosophie politique », *Revue du Mauss*, préc., § 36).

<sup>2</sup> « La normativité du droit ne tient pas à la seule force prescriptive de ses énoncés. Le droit est aussi un discours imprégné des valeurs fondamentales qui assurent la cohésion du groupe social et transcrivant les déterminations élémentaires qui sont au cœur de l'ordre social : dans la norme juridique se profile une certaine conception de la "normalité", pétrie des représentations sociales dominantes (J. Chevallier, « L'ordre juridique », dans *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1984, pp. 7-49) ; cf. égal. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009, 336 p.

<sup>3</sup> J. Raz, « The Institutional Nature of Law », *The Modern Law Review* (vol. 38), 1975, n° 5, pp. 489-503.



## § 1. L'empirisme des droits fondamentaux, une signification juridique de la démocratie

« *La lutte sociale et politique se situe aussi sur le terrain des significations juridiques* »<sup>1</sup>.

**563.** L'on a coutume de dire que la revendication politique est indissociable du langage des droits. Avant même la fondamentalité, et selon ses propres présupposés méthodologiques, H. Kelsen affirmait que « pour pouvoir réunir le droit subjectif privé (...) et le droit politique (...) en un seul et même concept, celui de droit subjectif, il faut se référer à cette idée que tous deux sont une expression de la même fonction juridique : la participation des sujets du droit à la création du droit »<sup>2</sup>. À l'aune du concept de l'abus, le processus de signification de la fondamentalité par l'usage a mis en lumière cette aptitude normative du destinataire des normes, susceptible cette fois d'atteindre les fondements mêmes de l'ordre juridique. Autrement dit, si les droits de l'homme ont pu être envisagés au départ comme un rempart visant à préserver l'autonomie privée, il est certain qu'ils formulent dorénavant les conditions de l'autonomie publique<sup>3</sup> par *l'accès direct* à la fonction de création du droit. D'ailleurs, le juge a pu reconnaître de manière explicite le droit du citoyen à la démocratie<sup>4</sup> ou encore le droit de la population à participer au processus décisionnel en matière d'environnement<sup>5</sup>. La Convention EDH prévoit, elle, le droit à des élections libres<sup>6</sup>, tandis que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne réserve tout un chapitre aux droits relatifs à la citoyenneté<sup>7</sup>. La fondamentalité constitue ce *discours de l'engagement* au sein duquel les droits sont des ressources politiques inépuisables. Du reste, les droits fondamentaux ne visent pas

---

<sup>1</sup> J. Chevallier, « Les interprètes du droit », préc., p. 261.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 187 : « si l'on caractérise les droits politiques par ce trait qu'ils confèrent à leurs titulaires une participation à la formation de la volonté étatique, c'est-à-dire à la création de normes juridiques, alors le droit subjectif privé est, lui aussi, un droit politique ; car lui aussi fait participer son titulaire à la formation de la volonté étatique ; *celle-ci s'exprime en effet dans les normes individuelles que constituent les jugements non moins que dans les normes générales que constituent les lois* » (nous soulignons).

<sup>3</sup> J. Habermas, *Parcours 2 (1990-2017)*, préc., p. 256.

<sup>4</sup> BVerfG, 14 janv. 2014, 2 BvR 2728/13 e.a, Recueil BVerfGE 134, p. 366.

<sup>5</sup> Cour EDH, 2 nov. 2006, *Giacomelli c/Italie*, n° 59909/00 ; 27 janvier 2009, *Tătar c/Roumanie*, n° 67021/01.

<sup>6</sup> Art. 3 du Protocole n° 1, un droit qui revêt « dans le système de la Convention une importance capitale » (Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/Belgique*, n° 9267/81, § 47).

<sup>7</sup> Chapitre V (art. 39-46).

seulement le pouvoir politique dans la cité. Ils garantissent également, à travers les droits sociaux en particulier, la participation politique au sein des institutions normatives privées<sup>1</sup>.

**564.** Seulement, une appréhension juridique et discursive de la démocratie ne peut se réduire à la description des droits de l'homme comme vecteur de l'émancipation. Le concept de l'abus de droit fondamental voit plus loin, dans le fonctionnement démocratique, que la simple expression de préférences individuelles<sup>2</sup>, réelles ou supposées. Au contraire, les logiques juridiques de l'abus de droit et de la proportionnalité recréent, au sein de la communauté d'interprétation du droit, les modèles délibératifs de l'échange et de l'argumentation en vue d'atteindre le bien commun. La discussion publique à propos *du choix, de l'interprétation et de la valeur des normes fondamentales*<sup>3</sup> de la société démocratique ne se fait pas dans l'abstraction idéaliste d'une agir communicationnel désincarné, mais débute par le fait social prétendant à une validité juridique. L'auditoire est à la fois concret et universel, la prétention à exercer un droit fondamental s'adresse à la communauté d'interprétation de la fondamentalité dans son ensemble. Dans une société authentiquement démocratique, tous les citoyens sont bénéficiaires de droits fondamentaux et peuvent faire un usage significatif de ces droits. L'égal bénéfice de droits fondamentaux reste la garantie principale de l'inclusion politique. L'exercice présumé d'un droit assure une *présence* de la prétention politique dans l'espace public à travers le langage de la fondamentalité. Au terme du processus normatif concret, la discussion se poursuit par-delà la norme, du fait de sa possible critique, voire de sa remise en cause par un interprète autorisé<sup>4</sup>. Ainsi, le fait de porter un niqab dans l'espace public s'est-il réclamé de la liberté de religion, cette pratique a été juridiquement interdite – non sans des considérations relatives à l'abus de droit<sup>5</sup> – par une norme générale et abstraite qui fit l'objet de différents recours, notamment devant le Conseil constitutionnel et la Cour EDH. À chacun des processus de

---

<sup>1</sup> Cf. not. CC, 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC à propos de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 ; A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *Revue de droit du travail*, 2007/2, pp. 84-88.

<sup>2</sup> Voir les théories du choix social, not. K.J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951), 3<sup>e</sup> ed., Yale University Press, 2012, 192 p. Aussi, K.J. Arrow, A. Sen, K. Suzumura, *Handbook of Social Choice and Welfare*, Vol. 1, North-Holland, 2002, 680 p.

<sup>3</sup> P. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, préc., p. 109.

<sup>4</sup> Le législateur a ainsi adopté la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dont les dispositions sont venues contrer les conséquences de la jurisprudence « Perruche » de la Cour de cassation (Ass., 17 nov. 2000, n° 99-13.701).

<sup>5</sup> *Supra* §§ 383 et s.

l'élaboration normative<sup>1</sup>, le fait social prétendant fut discuté par et dans le langage juridique, c'est-à-dire à travers des concepts, en principe, relativement circonscrits. L'échange démocratique d'argumentations politiques s'est poursuivi après le prononcé de chacune des normes juridiques complémentaires et révisables.

**565.** Le concept de l'abus de droit est bien sûr le témoin de ces faits sociaux, et bien souvent politiques, qui suscitent la discussion démocratique par leur prétention à la validité juridique. La prétention à la transcription à l'état civil d'actes de naissance d'enfants nés par GPA à l'étranger est intéressante de ce point de vue, puisque qu'elle met en exergue l'ambiguïté qui peut gouverner au rapport entre démocratie et fundamentalité, lorsque de telles pratiques, rejetées par la représentation nationale et les mécanismes de la démocratie indirecte, voient certaines de leurs prétentions réceptionnées en droit, conformément aux normes internationales et européennes des droits de l'homme et en dépit de l'interdiction légale<sup>2</sup>. Ici encore, la

---

<sup>1</sup> De fait, « la fabrication de la norme est devenue un travail complexe qui fait intervenir de nombreux “entrepreneurs législatifs” et entraîne en conséquence la généralisation du principe délibératif » (D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 17).

<sup>2</sup> C'est d'abord le juge qui a dû se prononcer, en droit, sur la pratique de la gestation pour autrui, et la première chambre civile de la Cour de cassation de considérer que de telles conventions sont illicites au motif qu'elles « contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 1989, n° 88-15.655, D. 1990. 273, rapp. J. Massip ; P. Deumier dans *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, préc., p. 564). Au sein de la communauté d'interprétation du droit, la position du juge judiciaire, réaffirmée dans un arrêt de l'Assemblée plénière qui invoquait également le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain (31 mai 1991, n° 90-20.105), a été consacrée par le législateur dans la loi bioéthique n° 94-654 du 29 juillet 1994 (art. 16-7 et 16-9 du Code civil ; art. 227-12 Code pénal). Dans un contexte de mondialisation où le cadre de référence politique et juridique s'est internationalisé sans véritable harmonisation, favorisant les pratiques de *forum shopping*, certains couples se sont tournés vers l'étranger pour recourir à la GPA tout en réclamant les effets juridiques de ces pratiques en droit interne, en vertu des sources régionales et internationales de protection des droits de l'homme (cf not. B. Frydman, « La concurrence normative européenne et globale » [en ligne]). La Cour de cassation a ainsi refusé la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger en raison de la contradiction de cette pratique avec l'ordre public international français et les principes essentiels du droit français (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2008, n° 07-20.468 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril. 2011, n°s 09-66.486 et a. ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 oct. 2011, n° 09-71.369). Elle a pu considérer également que « ce tourisme procréatif » constituait une fraude à la loi (Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-18.315, n° 12-30.138 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005). Pendant ce temps-là, le Conseil d'État admettait la délivrance d'un passeport à l'enfant issu d'une GPA pour entrer sur le territoire avec son père de nationalité française au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (4 mai 2011, n° 348778 ; 12 déc. 2014, n° 365779). La Cour de cassation, qui continuait d'affirmer que le refus de transcription ne privait pas l'enfant des effets de sa filiation à l'étranger, a dû amender sa position sous l'effet de la jurisprudence de l'interprète privilégié des droits fondamentaux au niveau régional. La Cour EDH a effectivement jugé que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation portaient une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée des enfants, en particulier à leur identité (Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson et Labassé c/France*, préc. ; 21 juill. 2016, *Foulon et Bouvet c/France*, n°s 9063/14 et 10410/14). Dès lors, et dans un premier temps, la Cour de cassation a accepté la transcription des actes de naissance réguliers d'enfants nés d'une GPA à l'étranger

prétention normative individuelle, rationalisée par le discours du juge, peut se retrouver au sommet de la hiérarchie normative. Or, ce sont ces mêmes déclarations de droits qui disposent de leur lien intrinsèque avec la société démocratique, tandis que les constitutions nationales, sources de la garantie des droits et projets de société<sup>1</sup>, prétendent formaliser le lien symbolique et juridique entre souveraineté populaire et protection des droits fondamentaux. Ressurgit alors le spectre d'une opposition entre le Droit de la loi, celui de la volonté législative, et le Droit des droits fondamentaux, celui de la volonté individuelle<sup>2</sup>. La fundamentalité peut ainsi recomposer la discussion démocratique à l'échelle régionale, voire internationale, y compris sur des enjeux de société de première importance qui structurent, à n'en pas douter, l'identité d'une communauté politique. Une partie de la doctrine juridique n'a d'ailleurs pas manqué de dénoncer, en la matière, « l'instrumentalisation contemporaine des droits de l'homme », vecteurs de la « légalisation perpétuelle de l'illégalisme » et de l'aristocratie juridictionnelle<sup>3</sup>. Il est même une certaine ironie à ce que le Parlement européen, en vertu d'un rapport annuel *sur les droits de l'homme et la démocratie*, ait condamné la pratique de la gestation pour autrui<sup>4</sup>.

---

à l'égard du père biologique (Ass., 3 juil. 2015, nos 14-21.323 et 15-50.002) tout en ouvrant la possibilité de l'adoption simple pour les parents d'intention (Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juil. 2017, n° 16-16.455). Le débat de société s'institutionnalisant à l'échelle européenne dans le dialogue des juges, la Cour de cassation a ensuite adressé une demande d'avis à la Cour EDH dans le cadre du Protocole 16 à la Convention (*avis consultatif* du 10 avril 2019). Elle en a déduit, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée, qu'une GPA réalisée à l'étranger ne peut faire, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation avec la mère d'intention (Ass., 4 oct. 2019, n° 10-19.053). Cette solution a été étendue à la transcription d'un acte de naissance régulier désignant comme parents le père biologique et son compagnon ou son époux (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 déc. 2019, nos 18-11.815 et 18-12.327), si bien qu'en la matière, la Cour de cassation va plus loin dans la reconnaissance des prétentions juridiques des parents d'intention que la Cour EDH elle-même (18 mai 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir et a. c/Islande*, n° 71552/17).

<sup>1</sup> D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des Idées* [en ligne], 19 sept. 2008.

<sup>2</sup> Ce qui caractériserait d'ailleurs le passage du concept de libertés publiques à celui de droits fondamentaux. Si bien qu'à « la vieille idée, qui dominait tout le XIX<sup>e</sup> siècle libéral, de la protection de la liberté *par la loi* tend à se substituer l'idée expérimentale de la nécessité de la protection des libertés *contre la loi* » (J. Rivero, « Rapport de synthèse », *RIDC*, vol. 33, 1981, n° 2, p. 661).

<sup>3</sup> « Derrière la loi, on trouve, non pas des "légistes" mais le Souverain, c'est-à-dire le Peuple et ses élus. Autoriser un contrôle judiciaire *sans limite* des arbitrages opérés par le législateur – au nom des valeurs qu'il a lui-même prises en compte et conciliées – serait naturellement contraire au principe même de la démocratie » (F. Chénéde, « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1172). Sans oublier « le raisonnement classique de droit international privé [qui] s'incline devant des droits fondamentaux qui tendent à revêtir une fonction transnationale » (C. Pons, « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue Québécoise de Droit international*, 2018, n° 31, p. 141).

<sup>4</sup> Le Parlement européen « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises ; estime que cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme »

Finalement, la question est de savoir si les prétentions à la reconnaissance en France des liens de filiation d'un enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui à l'étranger avec ses parents d'intention génèrent des contradictions flagrantes avec le modèle démocratique. Certaines conséquences juridiques de la pratique d'une GPA à l'étranger sont admises en ce qu'elles permettent strictement de ne pas causer une situation non conforme au discours de la fondamentalité, à l'ordre juridique dans son ensemble, et aux valeurs constitutives des sociétés démocratiques. La perspective juridique montre non seulement que l'exigence démocratique est concrète et complexe, mais qu'elle est aussi guidée par des croyances à propos de valeurs nécessairement considérées comme vraies. Si bien que les exigences substantielles de la fondamentalité peuvent nuancer les choix de société exprimés à travers les normes générales et abstraites<sup>1</sup>. Ce n'est là que la prévalence des fondements discursifs de l'ordre juridique et de la communauté politique. L'usage des droits est un exercice démocratique concret, une expression politique *directe et réelle*, contre l'idéal formaliste d'une participation égale des citoyens à un espace public des raisons légiférant. L'empirisme des droits décentre l'agir démocratique de la perspective représentative. La prétention politique directe n'en reste pas moins formulée à travers un langage, la fondamentalité, qui intègre les exigences de ce qui fait société.

**566.** À ce stade, il est remarquable qu'une lecture juridique de la démocratie prenne au sérieux *l'usage* des droits comme point de départ de la discussion entre le destinataire des normes – susceptible de formuler à travers son usage une prétention politique – et la communauté politique dans son ensemble, laquelle peut envisager concrètement les effets de la prétention au regard de l'usage. Dès lors, *l'exercice présumé d'un droit fondamental est un référent structurel à la communicabilité sociale de la prétention politique*. Postuler en termes de droits fondamentaux, c'est opérer une rationalisation sémantique de son action, en s'appuyant sur le discours structurel de la société dans son ensemble. Le processus discursif universalise la prétention individuelle et les droits fondamentaux deviennent le langage de la discussion politique. Ils créent les conditions d'une représentation commune du monde, ou à tout le moins consensuelle, entre les membres de la communauté politique. Ensuite, autour du fait social prétendant à la validité juridique, les membres de la communauté politique sont condamnés à l'argumentation en droit. La discussion, *dans et par* le langage juridique, permet

---

(Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 *sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière* (2015/2229(INI), § 115).

<sup>1</sup> Notamment lorsque l'application d'une loi, même conventionnelle, peut se révéler contraire aux exigences conventionnelles (CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, préc.).

justement de prétendre à la rationalité de l'échange argumentatif, non pas sur une base idéale, mais à partir de concepts réflexifs et éprouvés. On sait à présent la manière dont les concepts de l'abus de droit et de proportionnalité, notamment, sont les produits de l'interconnexion efficace entre des considérations cognitives et normatives au sein du phénomène juridique. Le raisonnement scientifique en droit est au service, plus ou moins directement, d'une activité normative performante, mais qui tend également au *juste équilibre*. Le concept de l'abus en particulier a montré ses dispositions logiques pour imposer, à la prétention juridique individuelle, la juste mesure dans l'usage des droits. Une justice concrète des raisonnements logiques en droit, qui poursuit moins un idéal moral qu'elle constitue un *principe politique*<sup>1</sup> dans un régime démocratique. Il faut dire encore à quel point les critiques à l'encontre des droits fondamentaux, en ce qu'ils auraient « rompu les amarres avec la justice »<sup>2</sup> ou délaissé la politique<sup>3</sup>, sont largement infondées. Au contraire, la communauté d'interprétation de la fondamentalité, telle une « union des travailleurs de la preuve »<sup>4</sup>, forme un *espace des raisons*<sup>5</sup> au sein duquel *il faut s'entendre sur la signification des droits*. L'entente comme concept juridique normatif<sup>6</sup> est avant tout un principe politique disposé au cœur du processus de signification des droits fondamentaux.

**567.** La signification des droits fondamentaux est un enjeu d'autant plus important que leur prééminence conditionne les modes substantiels et procéduraux d'exercice de la démocratie, laquelle peut être envisagée généralement comme une *institution du sens* à l'échelle de la communauté politique<sup>7</sup>. C'est une évidence, les normes générales et abstraites, quand bien même elles seraient adoptées conformément aux règles régissant leur mode de production, sont

---

<sup>1</sup> S. Pimont, « Présentation », *Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue ?* (2011), Aix-en Provence, *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, pp. 11-13.

<sup>2</sup> M. Villey, *Le droit et les droits de l'Homme*, préc. Au contraire, selon H. Steiner : « Rights are the items which are created and parceled out by justice principles. We learn something about justice by examining the formal or characteristic features of rights. These features constrain the possible content of justice principles in much the same sense as architectural precepts must be informed by the properties of the construction materials they orchestrate » (*An Essay on Rights*, Oxford, WileyBlackwell, 1994 p. 3).

<sup>3</sup> M. Gauchet, « Les tâches de la philosophie politique », *Revue du Mauss*, préc., § 103 : « La démocratie des droits est une démocratie tronquée, qui perd de vue la dimension proprement politique de la démocratie, elle oublie le fait de la communauté politique, fait au niveau duquel se joue en dernier ressort l'existence de la démocratie (...). L'installation du sujet individuel de droit dans la plénitude de ses prérogatives entraîne l'occultation du sujet politique collectif de la démocratie ».

<sup>4</sup> G. Bachelard, *Le Rationalisme appliqué* (1949), Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1966, p. 31.

<sup>5</sup> C. Tiercelin, « La démocratie ou l'espace des raisons » (Connaissance, vérité et démocratie), *Cours au Collège de France* [en ligne], 1 mars 2017.

<sup>6</sup> *Supra*. §§ 284 et s.

<sup>7</sup> Y. Couture, « Problématiser les liens entre la démocratie et les droits de l'homme... », préc., p. 50.

tenues substantiellement au respect des droits fondamentaux<sup>1</sup>. Outre les garanties institutionnelles et procédurales d'accès à l'espace public, le discours de la fundamentalité, qui donne son identité au système démocratique, intègre au sein du processus délibératif des exigences axiologiques fortes. L'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants, de la peine de mort, de la détention arbitraire ou encore la nécessité de protéger le discours artistique<sup>2</sup> ou journalistique<sup>3</sup> par exemple. Les exigences éthiques et politiques de la fundamentalité ne contraignent pas seulement l'activité législative, le concept de l'abus a aussi révélé la manière dont celles-ci sont requises des prétentions politiques individuelles formulées par l'intermédiaire de droits.

**568.** L'organe d'application de la fundamentalité devient un acteur politique du système démocratique concret. Par l'appréciation juridique de l'usage des droits, il appréhende les vecteurs de l'agir politique. Autrement dit, en statuant sur le vrai du droit fondamental, il statue sur le vrai de l'agir démocratique. La signification de la fundamentalité révèle ainsi l'enjeu épistémique<sup>4</sup> qui réside au sein des sociétés démocratiques. L'activité de connaissance au cœur du discours de la fundamentalité est aussi une connaissance de son cadre de référence : la société démocratique. L'engagement démocratique inhérent au discours de la fundamentalité est avant tout un engagement épistémique. De ce point de vue, le spectre du gouvernement des juges comme *anomalie démocratique*<sup>5</sup> est une crainte de l'épistocratie. L'enjeu tient alors à ce que la dimension substantialiste des valeurs connaissables de la fundamentalité ne soit pas écrasante pour l'agir démocratique. Ici, les contraintes formelles en droit obligent les interprètes

---

<sup>1</sup> À propos de la politique relative à la fin de vie, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il appartient « au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, notamment en matière médicale, de déterminer les conditions dans lesquelles une décision d'arrêt des traitements de maintien en vie peut être prise, dans le respect de la dignité de la personne » (CC, 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, § 8).

<sup>2</sup> Cour EDH, 16 fév. 2016, *Akdas c/Turquie*, n° 41056/04 ; A. Latil, « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *RTDH* [en ligne], 2010 ; *supra*. § 160.

<sup>3</sup> Cf. not. Cour EDH, 7 juin 2007, *Dupuis et a. c/France*, n° 1914/02, § 46 : « La Cour estime au demeurant qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « chiens de garde » de la démocratie ».

<sup>4</sup> Sur les approches épistémique et procéduraliste de la démocratie, cf. not. D. Estlund, *L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique*, Paris, Hermann, 2011, 524 p. ; C. Misak, *Truth, Politics, Morality : Pragmatism and Deliberation*, Londres, Routledge, 2000, 192 p. ; R.B. Talisse, *Democracy and Moral Conflict*, Cambridge, Cambridge UP, 2009, 216 p. ; H. Landmore, *Democratic Reason : Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton, Princeton UP, 2013, 304 p. ; R.E. Goodin, K. Spiekermann, *An Epistemic Theory of Democracy*, Oxford, Oxford UP, 2018, 480 p.

<sup>5</sup> S. Breyer, *La Cour suprême, L'Amérique et son histoire*, Odile Jacob, 2011, p. 37.

authentiques à *étendre les limites de leurs perspectives d'interprétation*<sup>1</sup>. De sorte que le discours de la fundamentalité est en capacité de lier les exigences substantielles et procédurales du système démocratique. Le raisonnement juridique est également tenu par un langage et un univers conceptuel réflexif qui tend à laisser le substantiel à sa juste place. La recherche sur l'abus de droit fondamental a montré comment, paradoxalement, ce concept introduisait des exigences discursives formelles susceptibles de ne pas réduire à un excès substantialiste l'horizon de l'action libre<sup>2</sup>. Ainsi, la contextualisation significative impliquée par ce concept s'apparente à une *procédure d'enquête* sur les principes constitutifs d'un régime démocratique.

## § 2. Le processus de signification des droits fondamentaux ou l'enquête démocratique

**569.** Les valeurs démocratiques sont agissantes au sein du discours de la fundamentalité. Une théorie juridique de la démocratie ne préjuge pas du bien-fondé de ces orientations axiologiques, elle met seulement en lumière leur action en tant que vérité au sein du discours structurel de la communauté politique. La police de la signification assumée par le concept de l'abus de droit, qui place l'interprète authentique dans un rapport de vérité vis-à-vis de la fundamentalité, fait effectivement ressurgir la question de la vérité politique au sein des sociétés démocratiques<sup>3</sup>. Mais, qu'est-ce que la vérité et la démocratie ont avoir l'une avec l'autre<sup>4</sup> ? À l'instar des théories procéduralistes<sup>5</sup>, le concept de vérité pourrait apparaître au mieux inutile,

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Débat sur la justice politique*, préc., p. 23.

<sup>2</sup> Supra. §§ 165 et s. À cet égard, il est intéressant de voir que les rédacteurs des Pactes de droits onusiens de 1966 avaient exclu la possibilité d'introduire une disposition visant à empêcher toute restriction aux droits proclamés qui ne serait pas compatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies. Il avait été convenu que cette disposition aurait un caractère trop général et que *de telles considérations empêchaient que soit produit de nouveaux droits* (« Extrait du commentaire des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme préparé par le secrétaire général de l'O.N.U », dans *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe (Commission européenne des droits de l'homme), Strasbourg, 23 avril 1957, Annexe II, p. 21).

<sup>3</sup> J. Cohen, « Truth and Public Reason », *Philosophy & Public Affairs* [en ligne] (vol. 37), 2009, n° 1, pp. 2-42.

<sup>4</sup> Pour reprendre les propos introductifs de A. Lever et D. Gerber dans *Pragmatism and Epistemic Democracy*, *Raisons politiques*, 2021/1, préc., p. 5 : « What do truth and democracy have to do with each other ? No much, one might think. After all, the whole point of democracy is that people are entitled to vote no matter their knowledge or virtue, let alone their wealth or lineage. So, in principle, and sometimes in practice, the foolish and corrupt are entitled over the wise and virtuous, just as the foreign-born and/or poor may come to govern rich natives. Such possibilities should be understood as a feature, not a bug, of democratic politics. Hence democracy has historically been the object of derision, aversion and contempt by those who suppose that knowledge and/or virtue are important qualifications for government ».

<sup>5</sup> Ainsi, J. Rawls qui substitue au concept de vérité, celui de raisonnable (Théorie de la justice, préc., pp. 225 et s.).



au pire disqualifiant d'une lecture juridique de la démocratie. Il nous semble au contraire indispensable afin d'appréhender la *puissance d'engagement*<sup>1</sup> du discours de la fondamentalité, tant les droits fondamentaux orientent, on l'a vu, la prétention politique en fait et sa justification en droit. Contre les approches sceptiques ou relativistes, l'étude juridique de la démocratie prend au sérieux les valeurs et les logiques normatives du discours des droits fondamentaux, lesquelles véhiculent des dispositions à agir au sein de sa communauté d'interprétation. Pour la Cour EDH, interprète authentique le plus explicite en la matière, des propos qui appellent ouvertement à un conflit civil armé, à la prise du pouvoir d'État par le prolétariat et à la domination de cette classe sociale sur les autres vont « à l'encontre des idéaux et valeurs fondamentales qui sous-tendent la Convention et une société démocratique, notamment la justice, les élections libres et la paix »<sup>2</sup>. Ces orientations logiques et axiologiques, qui contraignent le fait social, ne peuvent être relayées par le droit, dans un régime libéral et démocratique, que parce que la communauté d'interprétation les considère généralement comme vraies. Elles seraient, sinon, contradictoires avec la raison d'être de tels régimes, comme la préservation de la liberté individuelle ou sa prééminence sur la contrainte. En matière de liberté d'expression, selon un juge à la Cour EDH déjà cité :

« Si l'opinion est protégée, c'est parce que, dans une démocratie, seul un échange sans entrave des idées nous rapproche de la vérité, ou, pour les plus sceptiques, nous permet de prendre des décisions politiques et personnelles mieux informées en favorisant la prise en considération des arguments de tous les participants au processus politique »<sup>3</sup>.

À la condition du libéralisme, le consentement objectif et majoritaire des individus au phénomène juridique suppose une certaine *croyance* dans les valeurs relayées par le droit. Or, selon les acquis de la philosophie peircienne, « lorsque nous avons une croyance, nous prenons son contenu pour vrai »<sup>4</sup>. En ce sens, les orientations de la fondamentalité au sein des sociétés

---

<sup>1</sup> C. Tiercelin, « Connaissance, vérité et démocratie : de l'approche épistémique à l'approche pragmaticiste » (*Connaissance, vérité et démocratie*), Cours au Collège de France [en ligne], 29 mars 2017.

<sup>2</sup> 16 juil. 2020, *Romanov c/Ukraine*, préc., § 164.

<sup>3</sup> *Opinion dissidente du juge A. Sajó* sous l'arrêt Cour EDH, *Féret c/Belgique*, préc., nous soulignons. Cette opinion rappelle bien sûr les lectures épistémiques de la démocratie, soutenues notamment par C. Misak et R. B. Talisse (*Truth, Politics, Morality : Pragmatism and Deliberation*, préc. ; *Democracy and Moral Conflict*, préc.) ou même, dans une certaine mesure, la conception millienne de la liberté d'expression (J.S. Mill, *De la liberté* (1859), trad. L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990, pp. 110 et s.).

<sup>4</sup> C. Misak, R. B. Talisse, « Pragmatism, Truth, and Democracy », *Raisons politiques*, 2021/1, préc., pp. 11-27, spéc. § 21 : « Our view of democracy begins from a Peircean insight concerning the nature of belief: when we hold a belief, we take its content to be true (...) truth-aspiration is a constitutive norm of belief ».

démocratiques font figure de vérités politiques. Le concept de vérité éclaire la façon dont le droit guide les conduites<sup>1</sup> autant que la manière par laquelle un régime démocratique envisage la possibilité de réviser cette vérité. Bien sûr, la vérité inhérente à l'entreprise démocratique ne doit pas être entendue comme un dogmatisme, une infaillibilité, une correspondance à un état de pensées idéal et préexistant, d'une cohérence inébranlable. La vérité que porte le discours de la fundamentalité sur l'état démocratique, et dont le concept de l'abus de droit assure le respect, est résolument *faillible*<sup>2</sup>. Elle est logiquement liée à l'indétermination irréductible des droits fondamentaux. L'entreprise cognitive incessante sur le sens des droits et le fondement de l'ordre juridique est une recherche concrète de la vérité politique, seule à même d'aboutir au consensus démocratique robuste et authentique.

**570.** Le processus de signification des droits fondamentaux qui prend pour point de départ l'usage induit une réflexion constante, à partir d'un enjeu normatif pratique, sur les valeurs et les principes de la fundamentalité, et donc de la société démocratique. La communauté d'interprétation des droits fondamentaux agit comme une communauté scientifique d'enquête sur les valeurs démocratiques. Les hiérarchies entre les juridictions et leur interprétation, ou encore le rôle de la doctrine témoignent d'une architecture institutionnelle et dogmatique de prétention à la vérité juridique qui, en matière de fundamentalité, lie la communauté politique. À travers l'enjeu de la signification des droits, les valeurs démocratiques impliquées sont soumises à un test concret de justification. S'agissant de l'abus de droit fondamental, cette enquête méthodique débute par la prétention individuelle à exercer un droit, révélatrice à quelques égards de la façon dont le destinataire se positionne d'un point de vue politique. En usant de son droit, ce dernier déploie dans l'espace des raisons juridiques sa vision compréhensive du monde<sup>3</sup>. Pour reprendre un concept à la mode, la théorie

---

<sup>1</sup> Selon Peirce, « la vérité pragmatique réelle est la vérité telle qu'elle peut et doit être utilisée comme guide pour la conduite » (*The Annotated Catalogue of die Papers of C.S. Peirce*, R. Robin (éd.), Amherst, University of Massachusetts Press, 1967, 684 p. 11 cité par C. Tiercelin, *C.S. Peirce et le pragmatisme*, préc., p. 67). Pour une conception du droit qui met au premier plan l'orientation des conduites, cf. P. Amselek, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques* (vol. 33), 2006, n° 2, pp. 391-418.

<sup>2</sup> C. Tiercelin, *Connaissance, vérité et démocratie*, préc.

<sup>3</sup> « Fonctionnellement, une vision du monde livre une *justification* de la réalité. Bien qu'elle comporte des explications causales – sur l'origine du monde, sur sa constitution, sur la provenance et le destin de l'homme, sur l'organisation sociale, etc. –, celles-ci ressemblent aux étiologies des fables : elles ont pour fonction de sauver la réalité (pour nous), au même titre que le récit d'une fable justifie un adage de prudence ou de morale. [...] Autrement dit, elle dé-problématise la réalité en la réduisant à une représentation transparente, cohérente et ultimement satisfaisante (pour l'être humain). Cette procédure, décrite ici en des termes abstraits, prend des formes différentes selon les époques et les cultures, mais le résultat auquel elle aboutit invariablement peut s'énoncer simplement : la vision du monde donne une signification à la vie » (J.-M. Schaeffer, *La fin de l'exception humaine*,

juridique de la démocratie envisage le droit fondamental comme une *forme de vie*<sup>1</sup>, l'expression d'une expérience politique immédiate et concrète au sein d'un discours institutionnel. Si bien que « le sujet de droit est aujourd'hui l'homme le plus concret qui soit »<sup>2</sup>. L'affordance vis-à-vis du discours de la fundamentalité est une affordance vis-à-vis de la démocratie. À partir de ces usages de droits qui se renouvellent sans cesse, la communauté d'interprétation de la fundamentalité est en situation, d'après une discussion publique rationnelle dans et par le langage juridique, de questionner, voire de réformer les orientations axiologiques qui ont jusque-là guidé le sens des droits et la signification concrète de la démocratie. La fundamentalité est donc aussi le langage de la réflexivité politique des sociétés démocratiques. Réciproquement, le régime démocratique ne peut affirmer sa supériorité éthique et politique sur les autres régimes qu'eu égard à ses dispositions épistémiques : la nécessité d'une connaissance continue, évolutive et réflexive sur sa nature afin de stabiliser au mieux, et par le droit, les attentes de comportements et les aspirations politiques d'une communauté d'individus.

**571.** Incidemment, d'un point de vue juridique, la démocratie est un *phénomène d'enquête*<sup>3</sup> sur le sens des droits fondamentaux à la disposition des membres de la communauté politique. Suivant l'entreprise de signification de ces droits, constitutifs d'un tel régime, la démocratie est une œuvre nécessairement inachevée, évolutive et adaptative<sup>4</sup>. Le concept de

---

Paris, Gallimard, 2007, pp. 364-365 cité par E. De Jonge, « La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde », préc., § 1).

<sup>1</sup> « Une forme de vie tient ensemble des pratiques sociales et des institutions, un rapport au monde et des manières de percevoir, des attitudes et des dispositions comportementales. Elle détermine le cadre des idées possibles de la vie bonne » (E. Ferrarese, S. Laugier, « Politique des formes de vie », *Raisons politiques* (vol. 57), n° 1, 2015, pp. 5-12). Une forme de vie comme un *accord* de la communauté politique non pas seulement dans le *langage*, mais plus largement dans le *discours* de la fundamentalité (et ses implications sociales normatives).

<sup>2</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 117.

<sup>3</sup> Les nouveaux usages *valides* des droits peuvent incarner ces faits récalcitrants qui mettent en doute la croyance dans l'enquête scientifique. La société véritablement démocratique est celle qui reste fidèle à la logique de l'enquête, selon la conception peircienne : « l'un des "éléments essentiels de la croyance, sans lequel elle ne serait pas une croyance" est que si "les faits restent lamentables" la croyance est mise en doute. Bien sûr, tout le monde ne maintient pas toujours la réactivité de ses croyances aux faits. Le point de vue de Peirce est que, si nous devons considérer nos croyances comme visant la vérité, nous nous engageons à le faire » (C. Misak, R. B. Talisse, « Pragmatism, Truth, and Democracy », préc., § 23, nous traduisons). Dans une perspective différente des présupposés peirciens, J. Dewey (*Le Public et ses problèmes* (1954), Paris, Gallimard, 2010, 336 p.) envisage également la démocratie comme un phénomène d'enquête, mais plutôt au sens d'un système social qui permet de résoudre les problèmes pratiques de la vie publique, générant un épanouissement partagé, et selon une conception déflationniste de la vérité (M. Fuerstein, « Epistemic Democracy Without Truth : The Deweyan Approach », *Raisons politiques*, préc., pp. 81-96). La conception deweyenne de la démocratie maintient toutefois cette idée-force d'une communauté épistémique qui produit de la connaissance pour l'action (A. Ogien, « La démocratie comme revendication et comme forme de vie », *Raisons politiques*, 2015/1, n° 57, pp. 31-47).

<sup>4</sup> J. Bastianutti, « Norberto Bobbio, la règle au cœur de la démocratie », *Le Libellio d'Aegis*, 2008, 4 (2), p. 19.

l'abus de droit, en tant que police de la signification, met justement en lumière cette progression de la communauté politique à propos des valeurs et des principes qu'elle se donne en fondement. En prenant pour objet l'usage, il révèle d'abord les *croyances* que les destinataires ont sur les droits. Une croyance que le concept a pour fonction de corriger sur un plan normatif et cognitif. Ce faisant, il porte une meilleure connaissance de l'action socialement valide ou de l'évolution sociale à propos de la validité de l'action. Aussi, lorsque la Cour EDH affirme que le droit à la vie n'est pas le siège d'un droit à mourir<sup>1</sup>, c'est la logique du concept de l'abus de droit qui est à l'œuvre. Rien n'empêche, cependant, à ce que le même raisonnement conceptuel aboutisse, en raison de l'évolution du contexte interdiscursif, à la reconnaissance d'un véritable droit à mourir dans la dignité, lui-même susceptible d'abus, et déjà esquissé par l'entremise du droit à la vie privée<sup>2</sup>. De manière générale, la signification des droits s'affine en même temps que les valeurs qu'ils portent s'affermissent comme des vérités au sein de la communauté politique. Le concept de l'abus de droit fondamental corrige alors les interprétations erronées à propos de ce que constitue *réellement* la démocratie. Il est un instrument décisif dans la préservation de l'identité démocratique. Encore une fois, les dimensions cognitives et normatives se rejoignent au sein du phénomène juridique, et l'enquête menée à travers l'abus de droit sur l'identité démocratique forge en même temps les moyens de défense de ce système politique<sup>3</sup>.

**572.** Si la démocratie a besoin de l'abus de droit en tant que *correctif pratique* dans l'interprétation de ses principes constitutifs, c'est aussi parce qu'il intervient, par définition, *a posteriori* de l'usage. Le régime véritablement démocratique laisse effectivement à l'action libre la possibilité de l'erreur d'interprétation. La disposition démocratique d'une communauté politique est liée, de ce point de vue, à la faculté individuelle et collective de faire un usage audacieux des droits, au risque de la signification erronée. Ces usages problématiques relancent régulièrement l'activité cognitive à propos des valeurs démocratiques et des modalités de

---

<sup>1</sup> *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 39 : « L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie ».

<sup>2</sup> Cour EDH, 20 janv. 2011, *Haas c/Suisse*, préc., § 51 : « la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention » ; Cour EDH, 14 mai 2013, *Gross c/Suisse*, n° 67810/10 ; H. Bandolo Kenfack, « La revendication du droit de mourir dans la dignité au nom du droit à la vie : approche innovatrice et conciliatrice de la Cour EDH », *RDLF* [en ligne], 2020, n° 36.

<sup>3</sup> *Supra*. §§ 330 et s.

l'entente au sein de la communauté politique. L'usage du droit à la vie privée s'agissant du choix des conditions de sa mort est susceptible de générer une telle agitation dogmatique et un véritable débat démocratique, spécialement « à une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie [si bien que] de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle »<sup>1</sup>. À cet égard, le concept de l'abus de droit fondamental se présente lui-même comme une hypothèse générale sur le plan démocratique. Il met en œuvre une contextualisation du fait social au regard d'exigences intersubjectives et interdiscursives qui sont elles-mêmes susceptibles de révision. Il est un mécanisme de connaissance des droits, mais aussi des normes démocratiques de référence. D'un point de vue juridique, et selon le prisme conceptuel de l'abus, la logique expérimentale de la démocratie est directement liée à l'indétermination irréductible de la signification des droits fondamentaux. Logiquement, cette indétermination et cette expérimentation sont pareillement marginales. Néanmoins, l'irréductible indétermination des droits est la condition du dynamisme démocratique, comme l'irréductible indétermination démocratique est la condition du développement des droits<sup>2</sup>. Autrement dit, l'indétermination dans le sens des droits est aussi marginale que fondamentale pour le bon fonctionnement d'un régime démocratique. Les usages renouvelés de droits constituent le signe d'une certaine vitalité démocratique – un dynamisme de survie – et le processus de signification des droits fondamentaux est constitutif de la *méthode démocratique*<sup>3</sup>.

**573.** Le faillibilisme démocratique n'est donc pas seulement une question de méthode, il est aussi un enjeu politique. Le régime démocratique est celui qui a conscience de la faillibilité des valeurs qu'il promeut comme vraies. À défaut, comme tout discours, la fundamentalité court le risque de la dogmatique trop bien établie, celle du conservatisme. Avec pour ultime raison le sentiment de son évidence<sup>4</sup>, ses interprètes authentiques pourraient, notamment à travers le concept de l'abus, s'opposer à toute évolution politique et sociale, c'est-à-dire, en

---

<sup>1</sup> Cour EDH, *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 65.

<sup>2</sup> Pour P. Gérard, « le développement des droits n'aurait pas été possible si la société démocratique ne se concevait pas comme une société qui, sur fond d'indétermination radicale, tente de dégager les normes de son organisation légitime » (*L'esprit des droits: philosophie des droits de l'homme*, préc., p. 108).

<sup>3</sup> S. Laugier, « La démocratie comme enquête et comme forme de vie », *Multitudes* (vol. 71), 2018, n° 2, pp. 157-166.

<sup>4</sup> J.-F. Kervégan, « Propos conclusifs », dans *Refonder les droits de l'Homme*, préc., p. 313.

droit, refuser de nouvelles facultés d'action ou le bénéfice de nouvelles prestations. La fondamentalité qui céderait par trop à la tradition dogmatique et aux habitudes de discours ne pourrait pas honorer la promesse de son infrastructure, celle de l'émancipation individuelle et collective. Le concept de l'abus de droit fondamental, conformément à la philosophie du discours dans lequel il agit, n'a pas pour objet d'entraver l'exercice innovant et rationnel des droits fondamentaux. La faculté individuelle à imaginer les façons d'être libre, à travers l'usage d'un droit, contribue à bâtir ce « lien de sens intersubjectivement partagé »<sup>1</sup> dans une société démocratique complexe et évolutive. *A contrario*, au terme du processus de contextualisation, la notion juridique de l'abus de droit fondamental vient sanctionner le destinataire dont le fait social ne reconnaît pas sa propre faillibilité dans la façon autoritaire qu'il a de s'imposer à autrui, voire à la communauté sociale dans son ensemble. La vocation de l'abus de droit à préserver les exigences intersubjectives et interdiscursives de la fondamentalité, au nom desquelles chaque individu peut formuler une prétention sociale susceptible d'être partagée, poursuit l'idéal de faire de la communauté politique une association volontaire. Encore faut-il croire en la démocratie, c'est-à-dire respecter ses valeurs. L'autonomie juridique est indissociable de l'hétéronomie des valeurs démocratiques afin que les droits individuels portent la coexistence et non le rapport de force. Dans cette recherche commune du sens des droits et de la démocratie, « individualisme et fausseté sont une seule et même chose »<sup>2</sup>. L'abus de l'individualisme autoritaire est un abus de droit autant qu'un abus de démocratie.

**574.** Enfin, le concept de l'abus de droit éclaire la façon dont le processus de signification des droits fondamentaux recompose l'enjeu du fait majoritaire dans les régimes démocratiques. La contextualisation juridique du fait social prétendant, objet du concept de l'abus, peut à la fois octroyer une validité sociale à une pratique ultra minoritaire, mais aussi proscrire une attitude qui semble acceptable à une plus large communauté de citoyens. En théorie, à l'échelle de l'ordre juridique conventionnel, le sadomasochisme est une manifestation de la liberté sexuelle<sup>3</sup> tandis que le droit à la vie privée ne signifie pas un véritable droit à l'avortement<sup>4</sup>. La notion de l'abus de droit en particulier est susceptible de constituer une limite

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*, Stuttgart 2001, p. 69 cité par V. Petev, « Vérité et justification en droit » dans *Mélanges Paul Amssele*, Bruylant, 2005, p. 666.

<sup>2</sup> C.S. Peirce, *The Collected Papers*, vol. 5 § 402 cité par C. Chauviré, « Le “nous” de Peirce ou la critique de l'égoïsme », *Klêsis*, 2016/34, p. 126.

<sup>3</sup> Cour EDH, *K.A. et A.D c/Belgique*, préc.

<sup>4</sup> Cour EDH [GC], 16 déc. 2010, *A. B. C. c/Irlande*, préc., § 214. Dans cette affaire, selon N. Hervieu, « par un raisonnement assez critiquable, la Cour fait primer les valeurs morales nationales aussi bien sur les droits individuels des femmes que sur le consensus européen soutenant ces droits » (« Absence d'un droit conventionnel

à la fois anti-majoritaire et anti-individualiste au sein des sociétés démocratiques. À ces variations arithmétiques, le discours des droits fondamentaux n'accorde pas une importance déterminante. Il se place préférentiellement sur le registre idéal de *l'unanimité démocratique*<sup>1</sup>, porté par la croyance de sa communauté d'interprétation en la vérité de sa logique normative et des valeurs défendues. La vérité politique que le discours de la fundamentalité aspire à déployer ne se situe pas sur le plan de l'accord unanime des citoyens autour de la prétention sociale validée par le droit, mais sur celui de la nécessité normative pour le discours du fondement à protéger certaines facultés individuelles ou certains intérêts sociaux. À ce niveau, les dimensions substantialistes et procéduralistes de la démocratie se rejoignent dans la validité juridique, laquelle dépend de l'action délibérative d'une communauté d'interprétation *guidée par des croyances éprouvées*<sup>2</sup> et œuvrant selon une méthode juridique d'enquête à propos du sens des droits et de l'identité d'une société démocratique. Là encore, sans doute ne faut-il pas sous-estimer la force engageante d'une « mystique démocratique »<sup>3</sup>, déployée par le discours de la fundamentalité. Une telle conception des droits fondamentaux en démocratie, qui ne renonce pas à l'idéal des droits de l'homme, est sans doute inacceptable pour tous ceux qui cèdent aux sirènes du relativisme, voire du scepticisme démocratique. Elle est pourtant indispensable en vue d'esquisser une *théorie réaliste* de la démocratie, qui prend pour objet le processus significatif de son discours structurel : la fundamentalité.

---

à l'avortement et primauté des valeurs morales nationales », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], déc. 2010). À la suite du référendum du 25 mai 2018 abrogeant le huitième amendement de la Constitution, la législation irlandaise, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019, prévoit la possibilité d'une IVG, gratuitement et sans condition, jusqu'à douze semaines.

<sup>1</sup> P. Rosanvallon, « La démocratie au risque de la démagogie : histoire et actualité d'un problème » (Connaissance, vérité et démocratie), *Séminaire au Collège de France* [en ligne], 29 mars 2017.

<sup>2</sup> Le Préambule de la Charte des Nations Unies énonce : « Nous, peuples des Nations Unies, résolus à proclamer à nouveau *notre foi* dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes... » (*nous soulignons*).

<sup>3</sup> C. Tiercelin, « Connaissance, vérité et démocratie... », préc.

\*  
\*       \*

**575.** Le concept de l'abus de droit fondamental, en raison de son action correctrice de sens, nécessairement *a posteriori*, oriente le regard de l'observateur vers l'initiative normative du destinataire des droits. À l'orée de la signification des droits fondamentaux, il révèle une rationalité pratique des destinataires qui oriente le sens des droits et fonde leur responsabilité de bénéficiaires. La connaissance pratique, ici ancrée au niveau individuel – et représentée en termes de disposition, de capacité, d'aptitude intelligente – n'est peut-être pas assez étudiée en droit, par présomption de la supériorité de la connaissance théorique, de type formel notamment. L'activité de connaissance doit pourtant s'opérer à l'échelle de la communauté d'interprétation dans son ensemble, au sein de laquelle il faut inclure, en place de choix, les destinataires des droits fondamentaux. Le concept de l'abus dévoile ainsi, au fondement du droit, cet univers des dispositions juridiques individuelles.

**576.** D'après le prisme conceptuel de l'abus de droit, la signification des droits fondamentaux s'élabore au gré de leur utilisation comme expression de l'autonomie privée et de l'autonomie publique. Cette dialectique des libertés<sup>1</sup>, stigmatisée parfois comme une rivalité non résolue<sup>2</sup>, héritière de l'opposition historique entre la liberté des anciens et la liberté des modernes, est le moteur discursif de la fundamentalité en tant que langage structurel des sociétés démocratiques. L'usage de tout droit fondamental est susceptible de dévoiler une prétention politique qui est réceptionnée et discutée au sein de la communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité. L'étude du concept de l'abus de droit a montré en quoi la définition de l'objet d'un droit fondamental est un processus continu, mais aussi concurrentiel au sein de la communauté politique. Le processus de signification des droits fondamentaux est susceptible de révéler les exigences démocratiques concrètes, si bien que l'activité cognitive inhérente à la signification des droits est également une procédure d'enquête à propos de l'identité démocratique. L'indétermination irréductible qui gouverne la signification des droits est donc, également, une indétermination démocratique fondamentale. Bien que marginale, en effet, cette indétermination réciproque est caractéristique du langage structurel des sociétés démocratiques : elle est cette *méthode* qui laisse à la liberté individuelle « une marge

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc. p. 46.

<sup>2</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, préc., « postface », p. 484.



d'approximation créatrice de sens et créatrice de mondes »<sup>1</sup>. Au fondement de l'ordre juridique, *imaginer* les droits fondamentaux est en soi un projet constituant<sup>2</sup>.

## Conclusion du Titre 2

577. À travers le concept de l'abus de droit, l'observateur du discours juridique est plongé au cœur de l'empirisme des droits fondamentaux, avec tout ce que ce phénomène peut avoir d'imprévisible, d'indétermination irréductible, d'impulsion normative individuelle et, *in fine*, de fondamentalement démocratique<sup>3</sup>. Cela n'équivaut pas à dire que la signification de la fundamentalité est un phénomène anarchique. D'un point de vue cognitif, le concept de l'abus de droit décrit un processus concret et continu de signification des droits fondamentaux qui est impulsé par la connaissance pratique du destinataire des normes, inhérente à son usage prétendant, puis rationalisé par la connaissance théorique de l'interprète authentique, du fait de *sa familiarité avec la logique* de la fundamentalité. Dès lors, au sein du processus de signification des droits, l'activité cognitive des interprètes guide *la manière de faire sens* et, *in fine*, la normativité juridique concrète. Au regard du potentiel significatif de son usage des droits fondamentaux, le destinataire des normes accède, certes marginalement, au fondement de l'ordre juridique. Ce fondement discursif du droit est ainsi susceptible de s'ajuster *aux réalités mouvantes du monde vécu*<sup>4</sup>.

578. Si le discours de la fundamentalité laisse aux interprètes la possibilité de mener plus loin sa signification, c'est qu'il est nécessairement et irréductiblement indéterminé. Bien sûr, cette indétermination reste minimale. L'action conceptuelle de l'abus de droit suppose que le phénomène de la fundamentalité soit suffisamment bien circonscrit pour imposer sa signification authentique à l'usage prétendant. Il a été mis en évidence le rôle de la connaissance au sein du phénomène de la fundamentalité, tant pour baliser méthodiquement le raisonnement de l'interprète authentique, et ainsi mettre dans les meilleures dispositions sa propre rationalité

---

<sup>1</sup> J. Rey-Debove cité par P. Raiman, « Salut à la France », *Cahier du cinéma*, n° 753, mars 2019, p. 8.

<sup>2</sup> Ce qui n'est pas sans rappeler le projet de T. Jefferson, visant à organiser une assemblée constituante tous les 20 ans, afin que chaque génération puisse choisir sa propre constitution. Dans une lettre à James Madison du 6 septembre 1789, il écrit : « la terre appartient en usufruit aux vivants, et (...) les morts n'ont ni droits ni pouvoir sur elle » (T. Jefferson, *Writings*, éd. par Merrill Peterson, New York, Viking, 1984, p. 1399 cité dans J. Habermas et J. Rawls, *Débat sur la justice politique*, préc., p. 10). Ainsi, une génération ne peut choisir pour une autre.

<sup>3</sup> Sur le lien entre empirisme et démocratie, cf. C. Tiercelin, « Pars destruens : Ce que n'est pas la vérité », *Cours au Collège de France* (Connaissance, vérité et démocratie 2016-2017) [en ligne], 8 mars 2017.

<sup>4</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, préc., p. XII.

pratique, que pour constituer les ressources dogmatiques permettant au processus de signification des droits fondamentaux d'être guidé par une rationalité théorique proprement juridique. Si cette assertion est juste, alors non seulement les dimensions cognitives et normatives du droit sont intrinsèquement liées, mais surtout *la connaissance que la communauté d'interprétation a d'elle-même est la normativité suprême du phénomène juridique en tant qu'elle guide le processus de signification du droit*. Le concept de l'abus de droit a mis en lumière le processus cognitif à l'œuvre dans la signification de la fundamentalité, discours du fondement en droit, à la prétention de vérité politique au sein des sociétés démocratiques. Suivant le phénomène d'enquête sur le sens des droits, le régime authentiquement démocratique est celui qui envisage la possibilité de réviser cette vérité qui gouverne.

## Conclusion de la Partie 2

**579.** Le concept de l'abus de droit fondamental, qui a pour objet la manière dont les droits sont exercés, délivre deux types d'enseignement sur l'usage des droits fondamentaux : (1) d'un point de vue normatif, ces usages sont des prétentions ; (2) d'un point de vue cognitif, ces usages sont des propositions de signification du droit allégué. En contrôlant la validité de ces usages, le concept de l'abus se positionne directement sur le plan de la signification des droits fondamentaux : ce que l'on peut en faire (1), ce que l'on peut en dire (2).

**580.** (1) L'intérêt normatif d'un tel concept est assez évident. L'abus de droit fondamental permet aux interprètes authentiques de maîtriser la signification de la fundamentalité en distinguant explicitement les faits qui constituent l'exercice d'un droit fondamental de ceux qui n'en constituent pas. La contextualisation significative qu'il met en œuvre interroge le bien-fondé juridique de la prétention à exercer un droit, c'est-à-dire la validité des *raisons pour l'action*. À défaut d'une telle validité juridique, l'utilisation de la notion d'abus dans le langage du droit permet d'exclure avec pédagogie et autorité les faits sociaux qui prétendent à la protection du discours de la fundamentalité alors qu'ils n'en respectent pas les règles constitutives. En sauvegardant la signification des droits, le concept de l'abus préserve l'intégrité du discours de la fundamentalité, et donc le fondement de l'ordre juridique dans son ensemble.

**581.** (2) L'intérêt cognitif d'un tel concept est plus complexe à appréhender. L'abus de droit fondamental décrit un processus de signification des droits fondamentaux à partir de leur usage par les destinataires. La rationalité pratique du destinataire des normes est traduite dans la rationalité théorique de la fundamentalité par l'interprète authentique : *quand faire, c'est dire*. Les usages sont mis en relation au sein du système significatif de la fundamentalité, lequel alors, loin de se réduire aux seuls énoncés formels, à la dogmatique sur les droits ou même au contexte factuel, intègre aussi, en place de choix, les usages valides initiés par les destinataires eux-mêmes. Ces usages se renouvelant sans cesse, le processus de signification des droits fondamentaux est continu, nécessairement inachevé et irréductiblement indéterminé. Il laisse à la liberté individuelle, au fondement de l'ordre juridique, une place résiduelle pour l'invention du sens des droits et l'exercice concret de la démocratie. La liberté en droit devient cette disposition à s'extraire des significations préétablies et l'agir démocratique cette lutte pour la signification juridique.





## Conclusion générale

« Une mesure mécanique, peu nuancée. Frustré (...). Aucune balance des intérêts, aucune analyse de l'importance des droits déçus et du préjudice causé par la déchéance, aucun examen des circonstances de la cause, ce qui est le mode privilégié de raisonnement du juge européen. De la "balance" au "glaive" que constitue l'article 17 comme déchéance pure et simple, n'y a-t-il pas un danger pour la démocratie d'employer – pour se défendre – "les propres armes de ses ennemis" ? ».

**582.** En ces termes, une illustre juge à la Cour EDH évoquait l'abus de droit fondamental<sup>1</sup>. Si cette thèse a eu la moindre utilité, c'est peut-être d'avoir montré que les choses sont un peu plus complexes, et que l'effort de conceptualisation en droit peut avoir pour vertu de rendre la pratique normative plus performante. Mais il est trop simple de dire que les choses sont en réalité plus complexes. La vraie complexité est de rendre les choses plus simples à l'entendement. De ce point de vue, il n'est pas certain que le travail soit complètement réussi, et à l'orée de sa fin, survient cette douce frustration que Truffaut décrivait, devant l'irréductible déperdition entre le film (ou la thèse) conçu et le film (ou la thèse) réalisé. La recherche ne s'arrête pas, le doute n'est jamais apaisé. Suivant son concept-objet, lequel s'épanouit dans l'indétermination, cette thèse aura été fidèle à la démarche pragmatiste de l'abduction : l'obsession de chercher des connaissances nouvelles, au risque de l'erreur. De cette obsession il reste quatre idées-forces, comme autant de conclusions provisoires qui peuvent ainsi être énoncées :

- 1) *La fundamentalité est un discours objectif qui constitue, pour les ordres juridiques étudiés, l'horizon indépassable de la validité juridique.*
- 2) *Le concept de l'abus de droit fondamental est un raisonnement logique au sein de la communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité.*
- 3) *Le concept de l'abus de droit fondamental n'a pas pour objet le droit, mais le fait social dont le destinataire des normes prétend qu'il est l'exercice d'un droit.*
- 4) *Le concept de l'abus de droit fondamental est une police de la signification des droits fondamentaux. Il délivre, en cela, une connaissance spéciale à propos de la fundamentalité elle-même.*

---

<sup>1</sup> F. Tulkens, « Controverses sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, préc., § 89.

**1) La fundamentalité est un discours objectif qui constitue, pour les ordres juridiques étudiés, l'horizon indépassable de la validité juridique**

**583.** Suivant certains présupposés métaphysiques, le phénomène des droits fondamentaux – ou fundamentalité – a été assimilé dans cette recherche à un discours. Un discours juridique bien sûr, mais qui a sa propre dynamique normative et son propre système de connaissance. Les conceptions axiologiques fortes qui forment l'infrastructure de ce discours sont connaissables et localisables, elles se situent généralement dans la pensée des droits de l'homme et constituent le cadre de référence évolutif pour la signification des droits. Au-delà des énoncés de droits, en effet, le discours de la fundamentalité est un phénomène communautaire qui transcende les ordres juridiques et les sources normatives. Il suscite des dispositions à agir pour sa communauté d'interprétation, laquelle, malgré les nécessaires différences d'appréciation, parle un même langage, utilise des méthodes et des concepts communs, se réfère à un certain ordre de représentations politiques et philosophiques, bref, est animée par une même *logique* aux conséquences matérielles, formelles et institutionnelles en droit. Cette logique spécifique se positionne directement au fondement du droit positif, et constitue de fait l'horizon indépassable de la validité juridique. La fundamentalité est le fondement discursif, donc dynamique, des ordres juridiques étudiés. Non seulement elle s'adapte aux réalités mouvantes du monde vécu, mais elle assume, par nécessité pour une communauté d'individus animés par des croyances, un rôle de vérité politique au sein des sociétés démocratiques. Cette vérité qui gouverne est poursuivie dans l'entreprise collective de signification des droits et de détermination concrète de l'agir démocratique.

**584.** Ainsi, contrairement à ce que certaines lectures politiques ou militantes peuvent insinuer, le discours de la fundamentalité en droit est un phénomène objectif, communautaire et complexe ; les droits fondamentaux ne sont pas à la libre disposition des destinataires des normes. La fundamentalité entretient d'ailleurs un rapport ambivalent avec le phénomène de domination, entre langage de l'émancipation individuelle et collective, et *medium* de légitimation de l'ordre juridique et du régime politique. En particulier, le terme « droit fondamental » renvoie à un concept objectif *au sein de la communauté d'interprétation de la fundamentalité*, qui désigne *des dispositions à agir juridiquement valides*. Prenant pour objet ces dispositions à l'action de la part des destinataires des normes, le concept de l'abus de droit fondamental vise un raisonnement particulier au sein de la communauté de discours qui donne corps à la logique de la fundamentalité.

## 2) Le concept de l'abus de droit fondamental est un raisonnement logique au sein de la communauté d'interprétation du discours de la fundamentalité

585. Au sein de cette communauté de discours, qui fait la réalité de la fundamentalité, le concept de l'abus de droit fondamental signifie un raisonnement logique. Il est un raisonnement juridique consistant à contextualiser la prétention du destinataire des normes à exercer un droit fondamental. Cette contextualisation pragmatique s'opère au regard de considérations intersubjectives, liées à l'ontologie relationnelle des droits et plus loin à l'entente minimale qui doit gouverner une communauté juridique, ainsi que de considérations interdiscursives, c'est-à-dire très généralement, les valeurs et intérêts sociaux, politiques, éthiques, voire économiques qui sont objectivement liés à l'application du discours des droits fondamentaux. Ce raisonnement spécifique appartient à la pensée du droit au sein de sa communauté d'interprétation. Il a été inféré de la connaissance juridique existante à propos du concept-objet autant que des indices laissés par le langage du droit positif. La thèse avancée est que ce *raisonnement significatif*, qui détermine si l'usage allégué d'un droit consiste *réellement* en l'exercice d'un droit fondamental, est opéré par l'ensemble des interprètes du discours juridique : des destinataires des normes aux interprètes authentiques. C'est parce que les interprètes du discours juridique ont toujours à l'esprit ce raisonnement logique que le concept de l'abus est un *principe général du droit*. Bien sûr, ce sont les interprètes authentiques qui usent de ce raisonnement en dernier ressort, et qui déterminent, d'un point de vue juridique, la validité de l'usage d'un droit fondamental. Autrement dit, le raisonnement conceptuel de l'abus détermine si la prétention normative du destinataire des droits, qui veut voir reconnaître à son fait social la protection du régime juridique de la fundamentalité, respecte *les règles constitutives* du discours des droits fondamentaux. À défaut, la *notion* de l'abus de droit fondamental, qui concrétise la logique conceptuelle dans le langage juridique, empêche que le destinataire ne respectant pas les règles constitutives de la fundamentalité puisse *seulement invoquer le langage* des droits. Récapitulons :

(1) Soit l'usage allégué d'un droit fondamental est conforme au discours de la fundamentalité. Le fait social impliqué est valide et consiste effectivement en l'exercice d'un droit fondamental. Le sujet de droit peut donc utiliser le langage des droits fondamentaux et réclamer la protection prioritaire qui y est attachée en droit. Le régime juridique applicable dépendra cette fois de l'action du concept de proportionnalité.



(2) Soit l'usage allégué n'est pas conforme au discours de la fundamentalité. Le fait social impliqué n'est pas valide, il ne consiste pas en l'exercice d'un droit fondamental. La notion de l'abus de droit fondamental vient exclure avec pédagogie et autorité du langage des droits fondamentaux ce fait qui ne respecte pas les règles constitutives de la fundamentalité en tant que discours communautaire.

**586.** À ce titre, l'abus de droit fondamental se révèle être l'instrument inattendu du libéralisme politique, à la condition de l'interprétation matériellement authentique. Non seulement il est un concept normatif nécessairement *a posteriori*, qui laisse aux destinataires des normes la possibilité de l'usage innovant, mais de surcroît, il œuvre à l'application de la logique de la fundamentalité contre les tentations liberticides, publiques comme privées, qui dévoient la réelle signification des droits. Simplement, si la possibilité d'une signification stabilisée des droits fondamentaux fonde le concept de l'abus de droit, elle fonde en même temps les limites à leur restriction. Du reste, le concept de l'abus cantonne la signification prescriptive du juridique aux faits sociaux dont les destinataires prétendent qu'ils sont des usages de droits.

### **3) Le concept de l'abus de droit fondamental n'a pas pour objet le droit, mais le fait social dont le destinataire des normes prétend qu'il est l'exercice d'un droit**

**587.** Le raisonnement juridique ainsi décrit suppose que le concept de l'abus de droit fondamental n'a pas pour objet le droit – droit subjectif, droit fondamental – mais le fait. Un fait social dont le destinataire des normes juridiques prétend qu'il consiste en l'exercice d'un droit. Le souci exprimé d'une langue juridique bien faite invite à revoir cette expression de « l'abus de droit », qui est un abus de langage et qui désigne, *en réalité*, « l'abus de la prétention factuelle à exercer un droit ». Dès lors, la sanction de l'abus de droit ne peut consister en la « déchéance » du droit allégué, pour la raison simple que la prétention litigieuse n'a jamais consisté en l'exercice d'un droit. Là encore, c'est le langage du droit positif qui est abusif, et la communauté d'interprétation du droit ne peut se satisfaire d'une inadéquation si franche entre les mots et les choses.

**588.** Contrairement à ce qu'avancent cette fois certaines critiques virulentes à l'encontre des droits de l'homme, les droits fondamentaux, d'un point de vue juridique, ne sont pas les supports serviles de la dérive solipsiste et du « cher moi » totalitaire. L'action conceptuelle de

l'abus de droit dérange cette représentation idéologique du phénomène de la fundamentalité, qui fait croire que toute prétention individuelle constitue, sans la moindre investigation méthodique et dogmatique, l'exercice d'un droit fondamental. Au contraire, le concept de l'abus décrit un processus réflexif de contextualisation qui intègre les valeurs objectives de l'ordre juridique ainsi que les considérations minimales d'entente intersubjective *au sein même du processus de signification des droits fondamentaux*. Décrypter ce processus de signification a montré que le droit fondamental, au sens juridique encore une fois, est un « je » exprimé dans le langage du « nous ». L'abus est une clause restrictive de traduction entre le fait et le droit, et protège ainsi de manière prioritaire l'intégrité et l'effectivité du discours de la fundamentalité. Le fait et le droit ne se confondent pas, comme la prétention à exercer un droit fondamental n'équivaut pas à la signification juridique de ce droit. Dans l'ordre juridique de la Convention EDH, la requête induite de l'usage abusif d'un droit est nécessairement mal fondée, et donc irrecevable. La procédure ne vient ici que concrétiser la logique conceptuelle : le fait social abusif n'a rien à voir avec le discours de la fundamentalité. *Concept-policier*, l'abus de droit fondamental régule la signification de la fundamentalité.

**4) Le concept de l'abus de droit fondamental est une police de la signification des droits fondamentaux : il délivre, en cela, une connaissance spéciale à propos de la fundamentalité elle-même**

589. À travers le concept de l'abus de droit fondamental, l'interprète authentique se prononce donc sur la validité juridique d'une prétention factuelle à exercer un droit. Ce faisant, il se prononce autant sur le sens du fait litigieux en droit que sur le sens du droit allégué en fait. Le concept objet de cette recherche renferme alors de précieuses connaissances sur la signification de la fundamentalité. Le prisme conceptuel de l'abus prend pour point de départ de la signification des droits fondamentaux leurs usages. Si, sur un plan normatif, ces usages sont des *prétentions*, ils constituent, d'un point de vue cognitif, des *propositions* concrètes de signification du droit. L'usage invalide d'un droit est une erreur sur la signification du droit allégué : il ne dit rien du droit (du moins directement). Au contraire, l'usage valide dit quelque chose du droit dont il est fait usage. *Quand faire, c'est dire* du point de vue de la signification juridique. Au risque de surestimer ce qui nous semblait être sous-estimé, la puissance évocatrice de l'abus met en lumière le rôle de la rationalité pratique du destinataire des normes dans sa faculté à impulser le sens des droits. L'usage valide intègre la rationalité théorique du discours de la fundamentalité après l'action traductrice de l'interprète authentique et sa familiarité avec

le système significatif constitué par ce discours. Le modèle d'ontologie sémiotique tel que développé par C.S. Peirce<sup>1</sup>, et dont ce travail a voulu s'inspirer, a permis d'envisager la signification juridique au-delà des textes et des énoncés, c'est-à-dire au-delà du langage, pour appréhender, à l'aune du concept de l'abus de droit, la portée signifiante de l'action individuelle elle-même : lorsque l'usage valide est signe du droit. La complexité du phénomène de la fondamentalité ne disparaît pas sous les prétentions analytiques exclusivement axées sur le langage, y compris dans son rapport au vague ; au contraire, le concept de l'abus donne à voir la signification en action des droits fondamentaux, laquelle parcourt le langage, la pensée et l'action dans une incessante manœuvre. La logique conceptuelle de l'abus a particulièrement orienté l'enjeu de la signification des droits vers leurs usages, si bien que cette recherche en a déduit que *la signification d'un droit fondamental renvoie à l'ensemble de ses usages valides, actuels et potentiels.*

**590.** Voilà une autre conclusion de la recherche sur l'abus de droit fondamental, et elle n'est pas nouvelle : la signification des droits fondamentaux est un processus continu, donc nécessairement et irréductiblement indéterminé. Ce processus significatif est fondamentalement une entreprise de connaissance : de connaissance du sujet de droit, de connaissance de la logique juridique, de connaissance de l'environnement politique et social de concrétisation, et finalement de connaissance de leur interaction. Autrement dit, *la connaissance que la communauté d'interprétation a d'elle-même est la normativité suprême du phénomène juridique en tant qu'elle guide le processus de signification du droit.* Dans ce continuum sémiotique où réside l'irréductible indétermination du réel en droit, nous sommes allés jusqu'à reconnaître que l'Homme, titulaire de droits fondamentaux, agitant sa liberté significative, est lui-même un signe au sein du phénomène juridique. L'enquête menée invite ainsi à revaloriser, dans la science du droit, les aptitudes individuelles significatives, non pas contre, mais avec les lois générales. Il faut le reconnaître, cette dernière conclusion est elle-même bien générale, sans doute parce que notre enquête, véritable expérience de la fondamentalité, n'a cessé de questionner, dans l'ordre, son propre équilibre ontologique, épistémologique, et éthique. La vérité est qu'une communauté juridique, particulièrement en matière de droits fondamentaux, est confrontée inlassablement à la recherche d'un tel équilibre.

---

<sup>1</sup> Et rendu accessible au non spécialiste par le travail éclairant de C. Tiercelin.

*« La question de savoir si le genus homo a la moindre existence, si ce n'est dans des individus, est la question de savoir s'il y a quelque chose qui ait plus de dignité, de valeur et d'importance que le bonheur individuel, les aspirations individuelles et la vie individuelle. Les hommes ont-ils réellement quelque chose en commun, en sorte que la communauté doive être considérée comme une fin en soi, et si oui, quelle est la valeur relative de ces deux facteurs, voilà la question pratique la plus fondamentale qui concerne toute institution publique dont il est en notre pouvoir d'influencer la constitution »<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> C.S. Peirce, « Compte rendu de l'édition Fraser de l'œuvre de George Berkeley » (1971), dans *Pragmatisme et pragmatisme*, préc., p. 163.



# Bibliographie

## Plan de la bibliographie :

- I. Monographies et manuels
- II. Articles, notes et conclusions
- III. Ouvrages collectifs, mélanges
- IV. Cours et conférences au *Collège de France*
- V. Discours, conférences, tribunes, séminaires, rapports, articles de presse, communiqués

## **I. Monographies et manuels**

### **A**

- Acar (Thomas), *La réception de l'œuvre de Ronald Dworkin en France*, Thèse dactylographiée, 2018.
- Alexy (Robert), *A theory of constitutional rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2002, 506 p.
- Alston (Philip), Goodman (Ryan), *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1632 p.
- Altbert (Victor), *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, Thèse dactylographiée, Dijon, 1951.
- Arendt (Hannah), *Les origines du totalitarisme. Eichmann à Jérusalem*, t. 1 (1951), Paris, Gallimard, 2002, 1624 p.
- Arendt (Hannah), *Journal de pensée (1950-1973)*, Paris, Seuil, 2005, 1328 p.
- Arendt (Hannah), *L'impérialisme. Les Origines du totalitarisme*, t. 2 (1982), Paris, Seuil, 2010, 384 p.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2004, 574 p.
- Aron (Raymond), *Essai sur les libertés*, Paris, Calmann-Lévy, 1965, 254 p.
- Arrow (Kenneth J.), *Social Choice and Individual Values* (1951), 3<sup>e</sup> ed., Yale University Press, 2012, 192 p.
- Arroyo (Julie), *La renonciation aux droits fondamentaux. Étude de droit français*, Paris, Pedone, 2016, 670 p.
- Austin (John Langshaw), *Quand dire c'est faire* (1962), trad. G. Lane, Paris, Seuil, 1991, 208 p.

## B

Bachand (Rémi), *Les subalternes et le droit international. Une critique politique*, Paris, Pedone, 2018, 256 p.

Bachelard (Gaston), *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective* (1934), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 5<sup>e</sup> éd., 1967, 257 p.

Bachelard (Gaston), *L'air et les songes. Essai sur l'imagination du mouvement* (1943), Paris, Librairie José Corti, 1990, 307 p.

Bachelard (Gaston), *Le Rationalisme appliqué* (1949), Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1966, 216 p.

Badiou (Alain), *L'éthique. Essai sur la conscience du mal*, Paris, Nous, 2009, 130 p.

Bahuet (André), *Le détournement de pouvoir*, Paris, Pedone 1912, 177 p.

Baranger (Denis), *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008, 334 p.

Barthelemy (Joseph), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, Larose, 1899, 204 p.

Barthes (Roland), *Mythologies* (1957), Seuil, 2010, 256 p.

Benda (Julien), *La Grande épreuve des démocraties. Essai sur les principes démocratiques. Leur nature. Leur histoire. Leur valeur philosophique*, Paris, Sagittaire, 1945, 204 p.

Benezech (Ludovic), *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme : contribution à l'étude de la fondamentalisation des droits*, Thèse dactylographiée, Université Clermont Auvergne, 2019.

Benn (Stanley I.), *A theory of Freedom*, New York, Cambridge University Press, 1988, 338 p.

Benoist (Jocelyn), *L'adresse du réel*, Paris, Vrin, 2017, 376 p.

Bentham (Jérémy), *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques: extraits des manuscrits de Jeremy Bentham* par E. Dumont, Bruxelles, Société Belge de librairie, 1840, 352 p.

Bergel (Jean-Louis), *Théorie générale du Droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2003, 374 p.

Bergel (Jean Louis), *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2018, 476 p.

Bergson (Henri), *L'évolution du problème de la liberté. Cours au Collège de France (1904-1905)*, Paris, PUF, 2017, p. 67.

Bergson (Henri), *La pensée et le mouvant. Essais et conférence*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1934, 319 p.

Bickel (Alexander Mordechai), *The Least Dangerous Branch* (1962), Yale University Press, 1986, 306 p.

Bioy (Xavier), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, 913 p.

Bioy (Xavier), *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, 2016, 184 p.

- Bioy (Xavier), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, 1020 p.
- Bloch (Cyril), *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, 673 p.
- Bobbio (Norberto), *Le futur de la démocratie* (1984), trad. S. Gherardi et J.-L. Pouthier, Paris, Éditions du Seuil, 2007, 304 p.
- Bobbio (Norberto), *L'età dei diritti* (1990), Turin, Einaudi, 2014, 266 p.
- Bonnard (Roger), *Les droits publics subjectifs des administrés* (Revue de droit public et de la science politique), Paris, Marcel Giard, 1932, 39 p.
- Bosco (David), Prieto (Catherine), *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1522 p.
- Bouglé (Célestin), *Le solidarisme*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1907, 339 p.
- Bourgeois (Léon), *Solidarité* (1896), Paris, Armand Colin, 1902, 259 p.
- Bouveresse (Jacques), *Le Philosophe et le Réel. Entretiens avec Jean-Jacques Rosat*, Paris, Hachette, 1998, 262 p.
- Bouvet (Laurent), *Le communautarisme. Mythes et réalités*, Paris, Lignes de repères, 2007, 157 p.
- Braibant (Guy), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, 330 p.
- Breyer (Stephen), *La Cour suprême, L'Amérique et son histoire*, Odile Jacob, 2011, 368 p.
- Brown (Wendy), *Défaire le dèmos. Le néolibéralisme, une révolution furtive*, trad. par J. Vidal, Éditions Amsterdam, 2018, 296 p.
- Brunet (François), *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2012, 682 p.
- Buber (Martin), *Je et tu* (1923), trad. G. Bianquis, préf. G. Bachelard, Aubier, 1938, 173 p.
- Buchez (Philippe-Joseph-Benjamin), Roux-Lavergne (Pierre-Célestin), *Histoire parlementaire de la Révolution française, 1834-1838*, t. XXVIII.
- Burgorgue-Larsen (Laurence), *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme. In context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, 592 p.
- Burke (Edmund), *Réflexions sur la révolution française* (1790), Paris, Hachette, 2004, 822 p.

## C

- Campion (Lucien), *La Théorie de l'abus des droits*, Paris/Bruxelles, 1925.
- Capitant (René), *Cours de principes du droit public*, Les cours de droit, 1957.
- Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p.



- Carbonnier (Jean), *Les obligations*, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, 665 p.
- Cardozo (Benjamin N.), *La nature de la décision judiciaire*, trad. G. Calvès, Paris, Dalloz, 2011, 122 p.
- Carpentier (Mathieu), *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Institut universitaire Varenne (n° 99), 2014, 698 p.
- Carré De Malberg (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État (1920-1922)*, Paris, Éditions du CNRS, 1985, t. 2, 658 p.
- Castoriadis (Cornelius), *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, 1999, 570 p.
- Cayla (Olivier), *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse dactylographiée, Université de Panthéon Assas, 1992, 1142 p.
- Chabas (François), Mazeaud (Léon), Mazeaud (Henri), Mazeaud (Jean), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, Paris, LGDJ, 2013, 936 p.
- Chabrol (Claude), Radu-Lefebvre (Miruna), *Psychologie de la communication et de la persuasion. Théories et applications*, Bruxelles, De Boeck, 2008, 314 p.
- Champeil-Desplats (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2016, 438 p.
- Champeil-Desplats (Véronique), *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Paris, Dalloz, 2019, 460 p.
- Charaudeau (Patrick), *Le discours politique. Les masques du pouvoir*, Paris, Vuibert, 2005, 256 p.
- Chatelain (Jean), *Contribution à l'étude de la notion d'abus des droits dans le contentieux administratif*, Ed. Lavergne, 1945, 76 p.
- Chauvet (Clément), *Le pouvoir hiérarchique*, Paris, LGDJ, 2013, 722 p.
- Chauviré (Christiane), *Peirce et la signification. Introduction à la logique du vague*, PUF, 1995, 290 p.
- Chevallier (Jacques), *L'État de droit*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2017, 160 p.
- Clapham (Andrew), *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon, Paperback, 1996, 422 p.
- Cordier-Dumonnet (Nathalie), *Le détournement d'institution*, Thèse dactylographiée, Université de Bourgogne, 2010, 526 p.
- Cornil (Georges), *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris, 1924, 172 p.
- Cornu (Gérard), *Droit civil. Introduction au droit*, 13 éd., Domat-Monchrestien, 2007, 277 p.
- Cornu (Gérard), *Vocabulaire juridique*, 20<sup>e</sup> éd., PUF, 2020, 1136 p.
- Cornut (Etienne), *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Thèse dactylographiée, Lyon 3, 2004.
- Cottureau (Marc), *La séparation entre droit et morale. Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, thèse dactylographiée, UT1 Capitole, 2018.

## D

- Dabin (Jean), *Le droit subjectif* (1952), Dalloz, 2007, 313 p.
- Dahl (Robert), *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999, 248 p.
- De Béchillon (Denys), *Qu'est qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 304 p.
- De Féo (Agnès), *Derrière le niqab. 10 ans d'enquête sur les femmes qui ont porté et enlevé le voile intégral*, Paris, Armand Colin, 2020, 288 p.
- Degadt (Peter), *Littératures contemporaines sur la « Topique juridique »*, Paris, PUF, 1981, 112 p.
- De Juglart (Michel), Ippolito (Benjamin), *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, Paris, Éd. Montchrestien, 1982, 1303 p.
- De Koninck (Thomas), Larochelle (Gilbert), *La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Paris, PUF, 2005, 175 p.
- De Lamy (Bertrand), *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Paris, LGDJ, 2000, 436 p.
- Deleuze (Gilles), *Pourparlers : 1972-1990*, Paris, Les Éd. de Minuit, 2003, 256 p.
- Deleuze (Gilles), Guattari (Félix), *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1991, 208 p.
- Delmas-Marty (Mireille), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 320 p.
- Delmas-Marty (Mireille), *Le relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004, 450 p.
- Delmas-Marty (Mireille), *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, t. II, Paris, Seuil, 2006, 360 p.
- Dembour (Marie-Bénédicte), *Who Believes in Human Rights ? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006, 340 p.
- Denquin (Jean-Marie), *Les concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, 458 p.
- De Page (Henri), *À propos du gouvernement des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1931, 198 p.
- De Page (Henri), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1997, 849 p.
- Desaulnay (Olivier), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, 852 p.
- De Schutter (Olivier), Tulkens (Françoise), « The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », dans *Conflicts Between Fundamental Rights* E. Brems (ed.), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 169-216.
- De Singly (François), « Individualisme et lien social », dans *Le dictionnaire des sciences humaines* Mesure (Sylvie) et Savidan (Patrick)(dir.), PUF, 2006, 1328 p.

De Smet (François), *Les droits de l'homme. Origines et aléas d'une idéologie moderne*, Paris, Le Cerf, 2001, 140 p.

De Visscher (Charles), *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963.

Dewey (John), *Reconstruction en philosophie* (1920), trad. P. Di Mascio, Paris, Gallimard, 2014, 272 p.

Dewey (John), *Le Public et ses problèmes* (1954), Paris, Gallimard, 2010, 336 p.

Didi-Huberman (Georges), *Atlas ou le gai savoir inquiet*, Paris, Les éditions de Minuit, 2011, 384 p.

Douzinas (Costas), *The End of Human Rights*, Hart Publishing, 2000, 408 p.

Drago (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2006, 760 p.

Dreyer (Emmanuel), *Responsabilités civile et pénale des médias. Presse, télévision, Internet*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012, 592 p.

Dubouis (Louis), *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962, 472 p.

Dubourg (Thomas), *L'apport du contrôle concret dans la protection des droits et libertés : Recherche en droit public interne*, UT1, à paraître.

Ducoulombier (Peggy), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, 746 p.

Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive* (vol. 1), A. Fontemoing, 1901.

Duguit (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code de Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912.

Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Ancienne librairie Fontemoing & C<sup>ie</sup>, 1921, 618 p.

Dupré De Boulois (Xavier), *Droits des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2018, 450 p.

Durkheim (Émile), *De la division du travail social* (1893), PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2013, 420 p.

Durkheim (Émile), *Les intellectuels et l'individualisme*, Paris, Mille et une nuits, 2002, 72 p.

Dworkin (Ronald), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF 1995, 515 p.

Dworkin (Ronald), *L'empire du droit* (1986), Paris, PUF, 1994, 468 p.

## **E**

Eck (Laurent), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préf. T. Debard, Paris, L'Harmattan 2010, 692 p.

Eisenmann (Charles), *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, Les Cours de droit, 1951.

Elsener (Ursula), *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 268 p.

Engel (Pascal), *Les vices du savoir. Essai d'éthique intellectuelle*, Marseille, Agone, 2019, 528 p.

Esmein (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896.

Esmein (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914, 1286 p.

Esmein (Paul), Levy-Bruhl (Henri), Scelle (Georges), Julliot de la Morandière (Léon Julliot), *Introduction à l'étude du droit*, t. 1, 1951, Rousseau et Cie, 308 p.

## F

Fabre-Magnan (Muriel), *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, 352 p.

Feinberg (Joel), *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, 160 p.

Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Paris, Videcoq, 1836, 395 p.

Fercot (Céline), *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : étude du droit comparé allemand, américain et suisse*, Paris, Institut Universitaire de Varenne, 2011, 819 p.

Ferreira Da Cunha (Paulo), *Droit et récit*, 2003, Dikè, 174 p.

Fischer (Jérôme), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2004, 442 p.

Fish (Stanley), *There's No Such Thing as Free Speech: And It's a Good Thing, Too*, New York, OUP, 1994, 346 p.

Forray (Vincent) et Pimont (Sébastien), *Décrire le Droit... Et le transformer. Essai sur la décriture du Droit*, Paris, Dalloz, 2017, 372 p.

Forst (Rainer), *The Right to Justification. Elements of a Constructivist Theory of Justice*, trad.. angl. J. Flynn, Columbia University Press, 2014, 368 p.

Foucault (Michel), *L'archéologie du savoir* (1969), Paris, Gallimard, 2008, 294 p.

Foucault (Michel), *Dits et écrits*, t. IV (1980-1988), Paris, Gallimard, 1994, 912 p.

Fourez (Gérard), *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, De Boeck Université, 2002, 382 p.

Frank (Jerome), *Law and the Modern Mind* (1930), introduction de B. H. Bix, 6<sup>e</sup> éd., London, Stevens & Sons Limited, 1949, 368 p.

Frydman (Benoît), *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2011, 720 p.

Frydman (Benoît), *Petit manuel pratique de droit global. L'économie de marché est-elle juste ?*, t. 4, Académie Royale de Belgique, 2014, 124 p.

Frydman (Benoît), Haarscher (Guy), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2010, 140 p.

## G

- Gaillard (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985, 250 p.
- Gauchet (Marcel), *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, 420 p.
- Gauchet (Marcel), *La condition historique. Entretiens avec François Azouvi et Sylvain Piron*, Paris, Gallimard, 2005, 496 p.
- Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, 1899, 444 p.
- Gérard (Philippe), *L'esprit des droits: philosophie des droits de l'homme*, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, 212 p.
- Girard (Charlotte), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, 414 p.
- Girard (Charlotte), Hennette-Vauchez (Stéphanie), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, 320 p.
- Goyard-Fabre (Simone), *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, 438 p.
- Grize (Jean-Blaise), *Logique et langage*, Paris, Ophrys, 2002, 153 p.
- Guastini (Ricardo), *La sintassi del diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 2014, 480 p.
- Guastini (Ricardo), *Leçons de théorie constitutionnelle* (traduit et présenté par V. Champeil-Desplats), Paris, Dalloz, 2010, 269 p.
- Guénard (Florent), *La Démocratie universelle. Philosophie d'un modèle politique*, Paris, Seuil, 2016, 368 p.

## H

- Habermas (Jürgen), *Droit et démocratie (entre faits et normes)*, trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, 560 p.
- Habermas (Jürgen), *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, 386 p.
- Habermas (Jürgen), *Théorie de l'agir communicationnel. Pour une critique de la raison fonctionnaliste* (1981), T. 2, Paris, Fayard, 1987, 480 p.
- Habermas (Jürgen), Rawls (John), *Débat sur la justice politique* (trad. R. Rochlitz et C. Audard), Paris, Éd. du Cerf, 1997, 190 p.
- Hart (Herbert Lionel Adolphus), *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon Law Series, 3 éd., 2012, 400 p.
- Hart (Herbert Lionel Adolphus), *Law, Liberty and Morality*, Stanford UP, 1963, 96 p.
- Hart (Herbert Lionel Adolphus), *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, Oxford UP, 1982, 268 p.

Hauriou (Maurice), *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, Libr. Bloud et Gay, 1925, 229 p.

Hauriou (Maurice), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2 éd., 1930, 344 p.

Hauriou (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Université de Caen, 1933 (rééd. 1986), 191 p.

Hayek (Friedrich A.), *Droit, Législation et Liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* [1973-1979], Paris, PUF, 3 vol., 1995, 718 p.

He (Linxin), *Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Paris I, 2017.

Heidegger (Martin), *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1958, 352 p.

Hempel (Carl Gustav), *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, University of Chicago Press, 1952, 96 p.

Hennette-Vauchez (Stéphanie), Roman (Diane), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4 éd., 870 p.

Hochmann (Thomas), *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Paris, Pedone, 2021, 754 p.

Holmes (Oliver Wendell), *The common law*, Londres, Macmillan & Co, 1882, 442 p.

Hugo (Victor), *Les misérables* (1862), Paris, Gallimard, 1951, 1808 p.

Huijbers (Leonie), *Process-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept, and Theory*, Intersentia, nov. 2019, 466 p.

## I, J

Ignatieff (Michael), *Human Rights as Politics and Idolatry*, éd. A. Gutmann, Princeton University Press, 2001, 216 p.

Israël (Liora), *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, 144 p.

Jackson (Bernard S.), *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications, Mereyaside, 1988, 214 p.

Jeanneney (Julien), *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, 802 p.

Jellinek (Georg), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, Paris, Albert Fontemoing 1902, 122 p.

Jellinek (Georg), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 2<sup>e</sup> éd., 1905

Jhering (Rud von), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Teil, erste Abteilung, 4<sup>e</sup> éd., 1888.

Jhering (Rud von), *Le combat pour le droit*, trad. A.-F. Meydieu, A. Durand et Pedone-Lauriel (éd.), Paris, 1875, 76 p.

Jhering (Rud von) *La lutte pour le droit* (1890), présentation O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006, 114 p.

Jhering (Rud von), *L'évolution du droit*, 3 éd., trad. O. De Meulenaere, Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, Paris, 1901.

Josserand (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits* (1927), Paris, Dalloz, 2006, 455 p.

Josserand (Louis), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Essais de téléologie juridique II.* (1928), Paris, Dalloz, 2006, 426 p.

## K

Kant (Emmanuel), *Critique de la raison pure* (1781), Édition de Ferdinand Alquie en 1980, Bibliothèque de la Pléiade, t. I, 1840 p.

Kant (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit. Doctrine de la vertu* (1797), trad. A. Renaut, Paris, GF-Flammarion, 2018, 416 p.

Karimi (Abbas), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, 2001, 414 p.

Kaufmann (Jean-Claude), *C'est fatigant, la liberté... Une leçon de la crise*, Éd. de l'Observatoire, 2021, 224 p.

Kelsen (Hans), *La démocratie, sa nature, sa valeur* (réimpression de la 2<sup>e</sup> édition de 1932), Paris, Dalloz, 2004, 120 p.

Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, trad. fra. de la 2<sup>ème</sup> éd. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

Kennedy (David), *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004, 400 p.

Kiss (Alexandre Charles), *L'abus de droit en droit international*, L.G.D.J, 1952, 200 p.

Koskenniemi (Martti), *La politique du droit international*, Paris, Pedonne, 2007, 424 p.

## L

Lacroix (Justine), Pranchère (Jean-Yves), *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016, 352 p.

Laferrière (Édouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, 1896.

Lajus-Thizon (Emmanuelle), *L'abus en droit pénal*, Paris, Dalloz, 2011, 425 p.

Laparré (Étienne), *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, 1913.

- Lefort (Claude), *Le temps présent (Écrits 1945-2005)*, Paris, Belin, 2007, 1056 p.
- Lemée (Jacqueline), *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, Thèse dactylographiée, UPEC, 1977, 534 p.
- Lemey (Marie), *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, 2021, 496 p.
- Leroy (Camille), *Le contentieux du mandat d'arrêt européen devant la CJUE*, Thèse dactylographiée, Université de Toulon, 2019.
- Lochak (Danièle), *Les droits de l'homme*, Repères, 4<sup>e</sup> éd., 2018, 128 p.
- Löhrer (Dimitri), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, 902 p.
- Luhmann (Niklas), *La légitimation par la procédure* (1969), Paris, Cerf, 2001, 247 p.

## M

- Macintyre (Alasdair), *After Virtue. A Study in Moral Theory* (1981), Notre Dame, Notre Dame University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2007, 286 p.
- Macintyre (Alasdair), *L'homme, cet animal rationnel dépendant. Les vertus de la vulnérabilité*, trad. G. Raphaël Veyret, Tallandier, 2020, 256 p.
- Maetz (Olivier), *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Institut Universitaire Varenne, 2011, 442 p.
- Magnon (Xavier), *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, 167 p.
- Malaurie-Vignal (Marie), *L'abus de position dominante*, LGDJ, 2003, 192 p.
- Malraux (André), *La politique, la culture*, Paris, Gallimard, 1996, 416 p.
- Manent (Pierre), *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, 272 p.
- Marcou (Jean), *Le Conseil d'État sous Vichy*, Thèse dactylographiée, Université de Grenoble II, 1984.
- Markovitch (Milivoïe), *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Bosc frères, M. et L. Riou, 1936.
- Martin-Sarthou (Lucile), *Instruments d'éthique des industries pharmaceutiques françaises et américaines : stratégie de positionnement et efficacité moderne*, Mémoire Master Bilingue Droit de l'Europe, Université Paris-Nanterre, oct. 2018.
- Marzal Yetano (Antonio), *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, 2014, 560 p.
- Masaryk (Tomas Garrigue), *L'idéal d'humanité*, Paris, Rivière, 1930.
- Mathieu (Bertrand), *Justice et politique : la déchirure*, Paris, LGDJ, 2015, 192 p.
- Mathieu (Martial), *Histoire des droits de l'homme*, Cours UNJF [en ligne], cons. le 4 sept. 2020.



Maury (Maxime), *Le but en droit public français*, Thèse dactylographiée, Université Paris I Sorbonne, 2020.

Merleau-Ponty (Maurice), *Phénoménologie de la perception* (1945), Paris, Gallimard, 1976, 560 p.

Meyer-Bisch (Patrice), *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires, 1992, 401 p.

Michéa (Jean-Claude), *Le loup dans la bergerie*, Paris, Climats, 2018, 166 p.

Michoud (Léon), *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français* (1906), LGDJ, 2020, 560 p.

Mill (John Stuart), *De la liberté* (1859), trad. L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990, 256 p.

Milner (Jean-Claude), *Les penchants criminels de l'Europe démocratique*, Paris, Verdier, 2003, 160 p.

Misak (Cheryl), *Truth, Politics, Morality. Pragmatism and Deliberation*, Routledge, 1999, 192 p.

Moor (Pierre), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005, 272 p.

Moracchini-Zeidenberg (Stéphanie), *L'abus dans les relations de droit privé*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, 484 p.

Morin (Edgard), *La méthode. La connaissance de la connaissance*, Paris, Seuil, 1986, 256 p.

Morin (Edgard), *La méthode 4. Les idées* (1991), Paris, Seuil, 2014, 396 p.

Motulsky (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs* (1948), Paris, Dalloz, rééd. 2002, 183 p.

Moyn (Samuel), *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard, 2012, 352 p.

Müller (Friedrich), *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1998, 432 p.

Muzny (Petr), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique* (2 vol.), Presses Universitaires Aix-Marseille, 2005, 733 p.

## N, O

Nagel (Thomas), *Le point de vue de nulle part*, trad. S. Kronlund, Éditions de l'éclat, 1993, 320 p.

Naquet (Emmanuel), *Pour l'Humanité. La ligue des droits de l'homme de l'affaire Dreyfus à la défaite de 1940*, Presses universitaires de Rennes, 2014, 688 p.

Nietzsche (Friedrich), *La généalogie de la Morale* (1887), 3<sup>e</sup> éd., trad. H. Albert, Paris, Société du Mercure de France, 1900, 297 p.

Odent (Raymond), *Contentieux administratif*, Paris, 6 éd., fasc. I-IV, Les Cours de droit, 1977-1981.

Ogien (Albert), Laugier (Sandra), *Pourquoi désobéir en démocratie*, La Découverte, 2011, 216 p.

- Ollero-Tassara (Andrès), *Droit « positif » et droits de l'homme*, Bière éd., 1997, 203 p.
- Ost (François), *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376 p.
- Ost (François), *Raconter la loi*, Paris, Odile Jacob, 2004, 448 p.
- Ost (François), Van De Kerchove (Michel), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, 254 p.
- Ost (François), Van De Kerchove (Michel), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, 272 p.
- Ost (François), Van De Kerchove (Michel), *De la pyramide au réseau : Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597 p.

## P

- Papatolias (Apostolos), *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 528 p.
- Parsons (Talcott), *Action theory and the Human Condition*, New York, Free Press, 1978, 464 p.
- Peces-Barba Martínez (Gregorio), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, 502 p.
- Peirce (Charles Sanders), *The Collected Papers*, vol. 1-6, édités par Ch. Hartshorne et P. Weiss (1931-1935), vol. 7-8 édités par A. Burks (1958), Harvard UP, 767 p.
- Pellet (Alain), *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, 362 p.
- Perelman (Chaïm), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1979), Paris, Dalloz, 1999, 193 p.
- Perelman (Chaïm), *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, 824 p.
- Perelman (Chaïm), Olbrechts-Tyteca (Lucie), *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique* (1958), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 6<sup>e</sup> éd., 2008, 740 p.
- Perera (Sandrine), *Le principe de liberté en droit public français*, Paris, LGDJ, 2021, 606 p.
- Philippe (Xavier), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, P.U.A.M, 1990, 541 p.
- Picavet (Emmanuel), *La revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Paris, Classiques Garnier, 2011, 361 p.
- Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1931, 1296 p.
- Planiol (Marcel), Ripert (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2<sup>e</sup> éd, 1952.
- Plessix (Benoit), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, 878 p.
- Porta (Jérôme), *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2 t., 2017, 964 p.

Posner (Eric A), *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, 2014, 200 p.

Proudhon (Pierre-Joseph), *Qu'est-ce que la Propriété ?* (1840), Paris, Le livre de poche, 2009, 448 p.

## R

Raspail (Hélène), *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Paris, Dalloz, 2013, 586 p.

Rawls (John), *Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Paris, Seuil, 2009, 672 p.

Rawls (John), *Justice et démocratie* (1978), trad. C. Audard et a., Paris, Seuil, 2000, 400 p.

Rawls (John), *Political liberalism. With a new introduction and the "Reply to Habermas"*, Columbia UP, 2005, 576 p.

Raynaud (Julien), *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 439 p.

Raz (Joseph), *Practical Reason and Norms* (1975), Oxford, Oxford University Press, 1999, 220 p.

Raz (Joseph), *The Morality of Freedom*, New York, Oxford University Press, 1988, 448 p.

Recanati (François), *Les énoncés performatifs*, Paris, Éditions de Minuit, 1982, 288 p.

Renan (Ernest), *Essais de morale et de critique*, Paris, Michel Lévy Frères, 3<sup>e</sup> éd., 1861.

Rials (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, 564 p.

Rials (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, 771 p.

Ricœur (Paul), *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Paris, Seuil, 1986, 416 p.

Ricœur (Paul), *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, 224 p.

Ricœur (Paul), *Écrits et conférences 2 : Herméneutique*, Paris, Seuil, 2010, 320 p.

Rifaat (Hassân-Tabet), *Libertés et droits fondamentaux. Essai d'une théorie générale ouverte sur les expériences étrangères*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 455 p.

Rigaux (François), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-LGDJ, 1990, 849 p.

Ripert (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1949, 424 p.

Rivero (Jean), Moutouh (Hugues), *Libertés publiques*, t.1, 9<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2003, 288 p.

Rivière (Florence), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme : essai d'analyse théorique*, Thèse dactylographiée, Montpellier 1, 2004.

Roda (Jean-Christophe), *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2019, 280 p.

Rodière (Pierre), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, 698 p.

Rosanvallon (Pierre), *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, 384 p.

Rosenfeld (Michel), *Les interprétations justes* (1998), trad. G. Warland, Paris, LGDJ, 2000, 235 p.

Rota (Marie), *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Analyse comparée de la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2018, 558 p.

Roubier (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques* (1963), Dalloz, 2005, 476 p.

Roulhac (Cédric), *L'opposabilité des droits et libertés*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, 712 p.

Rousseau (Dominique), *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, L.G.D.J, 1998, 120 p.

Rousseau (François), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 2009, 486 p.

Rovira Viñas (Antonio), *El abuso de los derechos fundamentales*, Tesis doctorales, Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho, 1980.

## S

Saieilles (Raymond), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions F. Pichon et Durand Auzias, 1914.

Savatier (René), *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1916, 451 p.

Scelle (Georges), *Précis de droit des gens : principes et systématique*, 2<sup>e</sup> partie, 1934.

Schaeffer (Jean-Marie), *La Fin de l'exception humaine*, Paris, Gallimard, 2007, 464 p.

Schauer (Frédéric), Goltzberg (Stefan), *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, 2018, 226 p.

Schmitt (Carl), *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 1993, 576 p.

Schumpeter (Joseph), *Théorie de l'évolution économique* (1912), Dalloz, 1999, 371 p.

Sen (Amartya), *L'Économie est une science morale*, Paris, La Découverte, 2004, 126 p.

Simon (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF., 2001, 784 p.

Souvignet (Xavier), *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2012, 602 p.

Spinoza (Baruch), *Traité théologico-politique* (1670), chapitre XX, Hatier, 2000, 95 p.

Stammers (Neil), *Human Rights and Social Movements*, Londres, Pluto Press, 2009, 296 p.

Steiner (Hillel), *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994, 305 p.

- Stengers (Isabelle), *L'invention des sciences modernes*, Paris, La Découverte, 1993, 210 p.
- Stirn (Bernard), *Les libertés en questions*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J, 2019, 308 p.
- Stoeffel-Munck (Philippe), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 2000, 895 p.
- Strauss (Léo), *Droit naturel et histoire* (1954), Paris, Flammarion, 2008, 324 p.
- Struck (Gerhard), *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1971, 118 p.
- Sudre (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2011, 848 p.
- Sudre (Frédéric), Milano (Laure), Surrel (Hélène), *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 14<sup>e</sup>, 2019, 1014 p.
- Supiot (Alain), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009, 336 p.
- Sydoryk (Sacha), *La doctrine constitutionnelle : étude de la production de la connaissance sur le droit constitutionnel contemporain français*, Thèse dactylographiée, UT1 Capitole, 2020.

## T

- Talisse (Robert B.), *Democracy and Moral Conflict*, Cambridge UP, 2009, 216 p.
- Tesseire (Raymond), *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Paris, 1901, 333 p.
- Teubner (Gunther), *Le droit, un système auto-poïétique*, Paris, PUF, 1993, 296 p.
- Thévenin (Pierre), *Le Monde sur mesure. Une archéologie juridique des faits*, Classiques Garnier, 2017, 355 p.
- Tian-Pancrazi (Marie-Ève), *La protection judiciaire du lien contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, 439 p.
- Tiercelin (Claudine), *Le ciment des choses. Petit traité de métaphysique scientifique réaliste*, Paris, Les Éditions d'Ithaque, 2011, 400 p.
- Tiercelin (Claudine), *La pensée-signe. Études sur C.S. Peirce* [en ligne], Paris, Collège de France, 2013.
- Tiercelin (Claudine), *C.S. Peirce et le pragmatisme* [en ligne], Paris, Collège de France, 2013.
- Timsit (Gérard), *Les figures du jugement*, Paris, P.U.F, 1993, 208 p.
- Torre-Schaub (Marta), *Justice climatique. Procès et actions*, CNRS Éditions, 2020, 88 p.
- Tusseau (Guillaume), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.
- Twining (William), *Law in Context: Enlarging a Discipline*, OUP, 1997, 372 p.

## V

Van Drooghenbroeck (Sébastien), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, F.U.S.L, 2002, 777 p.

Van Hoecke (Mark), *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 240 p.

Van Ouwerkerk (Sebastiaan), *Penser les formes d'État. Un état de la pensée publiciste française*, Thèse dactylographiée, Toulouse 1 Capitole, 2019.

Vasak (Karel), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1964, 327 p.

Vermeule (Adrian), *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, 2013, 210 p.

Vidal (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, 481 p.

Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, 169 p.

Villey (Michel), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, 318 p.

Von Savigny (Friedrich Carl), *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, Berlin, Veit & Co., 1840.

## W, Z

Wachsmann (Patrick), *Les droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 208 p.

Wachsmann (Patrick), *Libertés publiques*, 9<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2021, 1056 p.

Waldron (Jérémy), *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, Methuen, 1987, 246 p.

Waline (Marcel), *L'individualisme et le droit (1943-1944)*, préf. F. Mélin-Soucramanien, Paris, Dalloz, 2007, 436 p.

Windscheid (Bernhard), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9<sup>e</sup> éd., 1906.

Wittgenstein (Ludwig), *Recherches philosophiques (1953)*, trad. F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero, D. Janicaud, É. Rigal, Paris, Gallimard, 2014, 384 p.

Wittgenstein (Ludwig), *Le Cahier bleu et le cahier brun (1958)*, trad. M. Goldberg et J. Sackur, Paris, Gallimard, 1996, 320 p.

Worms (Frédéric), *La philosophie en France au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 2009, 656 p.

Zuber (Valentine), *Le culte des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 2014, 416 p.

## II. Articles, notes et conclusions

### A

Abric (Jean-Claude), « L'approche structurale des représentations sociales : développements récents », *Psychologie et société* (vol. 2), 2001, n° 4, pp. 81-104.

Acar (Thomas), « Appréhender l'imprécision des droits : approche linguistique », dans *Précisions et droits de l'Homme V*. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 41-58.

Afroukh (Mustapha), « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour EDH », *RDP*, 2015/1, pp. 139.

Alexy (Robert), « Discourse Theory and Fundamental Rights », dans *Arguing Fundamental Rights* Menéndez A., Eriksen E. (eds), Law and Philosophy Library (vol. 77), 2006, pp. 15-30.

Alexy (Robert), « Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad », *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero/abril 2011, n° 91, pp. 11-22.

Aloupi (Niki), « L'approche positiviste : une critique contemporaine du droit international des droits de l'homme ? », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 99-117.

Alston (Philip), « The Populist Challenge to Human Rights », *Journal of Human Rights Practice* (vol. 9), 2017, n° 1, pp. 1-15.

Alter (Karen), « Explaining national court acceptance of European Court jurisprudence : a critical evaluation of theories of legal integration » dans *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence* A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. Weiler (éds.), Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 227-252.

Altwegg-Boussac (Manon), « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La revue des droits de l'homme* [en ligne], 17/2020.

Altwegg-Boussac (Manon), « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], avril 2020.

Ambroise (Bruno), « La philosophie du langage de J.L. Austin : ce que la parole fait », *Philopsis* [en ligne], 2015.

Amodio (Claudia), Boucobza (Isabelle), « Quand le Président du Conseil limite les libertés au nom du droit à la santé publique... Imbroglio sur la constitutionnalité de l'état d'urgence sanitaire en Italie », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], juil. 2020.

Amossy (Ruth), « Des sciences du langage aux sciences sociales : l'argumentation dans le discours », *A contrario*, 2011/2, n° 16, pp. 10-25.

Amossy (Ruth), « Introduction : la dimension argumentative du discours - enjeux théoriques et pratiques », *Argumentation et Analyse du Discours* [En ligne], 2018.

Amsselek (Paul), « L'étonnement devant le droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 13, 1968, pp. 163-183.

- Amselek (Paul), « La phénoménologie et le droit », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, publié avec le concours du CNRS, 1972, pp. 185-259.
- Amselek (Paul), « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », dans *Théorie des Actes de langage, Éthique et Droit* Paul Amselek (dir.), PUF, 1986, pp. 109-163.
- Amselek (Paul), « Le droit dans les esprits », dans *Controverses autour de l'ontologie du droit* P. Amselek et C. Grzegorzcy (dir.) Paris, PUF, 1989, pp. 27-49.
- Amselek (Paul), « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10, pp. 7-10.
- Amselek (Paul), « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques* (vol. 33), 2006, n° 2, pp. 391-418.
- Ancel (Pascal), Didry (Claude), « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX<sup>e</sup> siècle », dans *L'abus de droit, comparaisons franco-suisse*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2001, pp. 51-68.
- André-Vincent (Philippe-Ignace), « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, publié avec le concours du CNRS, 1972, pp. 135-147.
- Andriantsimbazovina (Joël), « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2015, n° 32, pp. 1854-1860.
- Anscombe (Jean-Claude), Ducrot (Oswald), « L'argumentation dans la langue », *Langages*, 1976, n° 42, pp. 5-27.
- Appleton (Charles), « Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 1924, pp. 142-158.
- Arens (Chantal), « Conclusion » (Le contrôle de proportionnalité), *Justice et actualités*, déc. 2020, n° 24, pp. 128-131.
- Atias (Christian), « Fonder le droit ? (Simple propos *extra petita* et *obiter dictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 25-39.
- Atias (Christian), « Le déclin de l'argument de justice » [*Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue*, 2011, Aix-en Provence], *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, pp. 15-28.
- Auriel (Pierre), Unger (Mathilde), « La modération par les plateformes porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ? Réflexions à partir des approches états-uniennes (*Zhang v. Baibu.com*, 2014) et italienne (*Casapound c/Facebook*, 2019) », *RDLF* [en ligne], 2020, n° 80.
- Austin (John Langshaw), « Performative Utterances » (1956), dans *Philosophical Papers*, Oxford, OUP, 1979, trad. B. Ambroise revue par S. Laugier dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, pp. 233-260.
- Austin (John Langshaw), « The Meaning of a Word » dans *philosophical Papers*, Oxford, OUP, 1979, pp. 55-75
- Azzi (Tristan), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, spéc. n° 31, pp. 227.



## B

Bailleux (Antoine), Ost (François), « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 25-44.

Balat (Nicolas), Gautier (Pierre-Yves), « De l'abus de droit de soulever une question prioritaire de constitutionnalité », *JCP G*, 2019, pp. 1062-1065.

Balibar (Étienne), « Une critique marxiste des droits de l'homme est-elle encore possible ? », *Raison publique* [en ligne], 29 fév. 2016.

Ballandras-Rozet (Christelle), « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA*, 2007, pp. 2236.

Bandolo Kenfack (Henri), « La revendication du droit de mourir dans la dignité au nom du droit à la vie : approche innovatrice et conciliatrice de la Cour EDH », *RDLF* [en ligne], 2020, n° 36.

Baranger (Denis), « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels (à propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus politicum* [en ligne], 2013, n° 11.

Bastianutti (Julie), « Norberto Bobbio, la règle au cœur de la démocratie », *Le Libellio d'Aegis*, 2008, 4 (2), pp. 19-28.

Batiffol (Henri), « Questions de l'interprétation juridique », *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, 1972, pp. 9-27.

Beaud (Olivier), « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'institut Villey », *Jus Politicum* [en ligne], n° 5.

Beauchard (Jean), « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat » dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp. 37-51.

Bell (John), « Le règne du droit et le règne du juge, vers une interprétation substantielle de l'État de droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 15-28.

Bellezza (Amélie), « La réforme en demi-teinte du système de répression des abus de marché », *RSC*, 2016, pp. 316-336.

Benoist (Jocelyn), « Synthétique a priori et normativité », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie* J. Benoit et J.-F. Kervégan (dir.), CNRS Éditions, 2008, pp. 31-49.

Benoist (Jocelyn), « La carte et le territoire » dans *Cartographier. Regards croisés sur les pratiques littéraires et philosophiques contemporaines* I. Ost (dir.), Bruxelles, Presses de L'Université Saint-Louis, 2018, pp. 51-67.

Bergé (Jean-Sylvestre), « La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme », *LPA*, 11 juil. 2001, n° 137, pp. 78-83.

Bergel (Jean-Louis), « Propos conclusif : Les concepts en droit. Usages et identité », *RRJ*, 2012, n° 5, pp. 2287-2293.

Bernard (Alain), Poirmeur (Yves), « Doctrine civiliste et production normative » dans *La doctrine juridique* A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), Paris, PUF, 1994, pp. 127-180.

- Bienenstock (Myriam), « Qu'est-ce que "l'esprit objectif" selon Hegel ? », *Revue germanique internationale* [en ligne], 15/2001.
- Bioy (Xavier), « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, n° 1, pp. 123-147.
- Bioy (Xavier), « Rapport introductif. Le concept de dignité » dans *La dignité saisie par les juges en Europe* L. Burgogue-Larsen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 13-51.
- Bioy (Xavier), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », dans *Les notions juridiques* G. Tusseau (dir.), Paris, Economica, 2010, pp. 21.
- Bioy (Xavier), « Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS*, Sirey, Dalloz, 2013, pp. 45-67.
- Bioy (Xavier), « Affaire Dieudonné : l'unisson franco-européen », *AJDA*, 2015, pp. 2512.
- Bioy (Xavier), « Qu'appelle-t-on "droits fondamentaux" ? », *Politeia*, décembre 2016, n° 30, pp. 215-226.
- Bioy (Xavier), « Le corps humain et la dignité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [en ligne], 15/2017.
- Bioy (Xavier), « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 153-181.
- Bioy (Xavier), « Le droit d'accès aux soins en contexte pandémique », *AJDA*, 2020, pp. 1487.
- Bioy (Xavier), « Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux », dans *Le Renoncement en droit public* N. Jacquinot (dir.), Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2021, pp. 147-175.
- Bioy (Xavier), « Droit à la sécurité et compétence de la loi », *AJDA*, 2021, pp. 1156.
- Bioy (Xavier), Dubourg (Thomas), « Une lecture herméneutique du droit et de la théorie juridique : à propos de Paul Ricœur », dans *Traité de théorie du droit* M. Carpentier (dir.), à paraître.
- Bismuth (Régis), « L'utilisation des sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *RIDC* (vol. 62), 2010, n° 1, pp. 105-133.
- Bix (Brian H.), « Indeterminacy and Good Faith : Politics and Legitimacy », *Droit & Philosophie* (vol. 9-1), novembre 2017, pp. 9-18.
- Boffa (Romain), « Propriété contre proportionnalité », *Justice et actualités*, déc. 2020, n° 24, pp. 106-112.
- Boizard (Martine), « L'abus de minorité », *Rev. sociétés*, 1988, pp. 365-380.
- Bonnet (Julien), « Les contrôles a priori et a posteriori », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 40, 2013.
- Bonnet (Julien), Gahdoun (Pierre-Yves), « Le Conseil constitutionnel déclare la guerre aux interprétations supranationales de la loi », *AJDA*, 2020, pp. 2158.
- Bosse-Platière (Hubert), « Le tourisme procréatif », *Inf. soc.*, avril 2006, pp. 88-99.

- Botteghi (Damien), Lallet (Alexandre), « Délégation de service public : De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, pp. 2416.
- Boulangier (François), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP* 1993. I. 3665, pp. 151.
- Bourdieu (Pierre), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales* (vol. 64), 1986, n° 1, pp. 3-19.
- Bousta (Rhita), « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC* (vol. 59), 2007, n° 4, pp. 859-877.
- Boutmy (Emilie), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de sciences politiques*, t. 17, 1902, pp. 419-443.
- Boy (Laurence), « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *Revue internationale de droit économique*, 2005, n° 1, pp. 27-50.
- Broggini (Gerardo), « L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs », dans *Abus de droit et bonne foi*, P. Widmer et B. Cottier (dir.), Éditions universitaires de Fribourg, Suisse, 1994, pp. 3-21.
- Broyelle (Camille), « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, pp. 1355.
- Bruguiere (Jean-Louis), « La dignité schizophrène ? », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 1169.
- Brunet (Pierre), « Alf Ross et la conception référentielle de la signification du droit », dans *Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?* É. Millard (dir.), *Droit et société* (vol. 50), 2002, pp. 19-28.
- Burgorgue-Larsen (Laurence), « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », dans *Le droit au juge dans l'Union européenne* J. Rideau (dir.), LGDJ, 1998, pp. 69-108.
- Burgorgue-Larsen (Laurence), « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental. L'influence du droit européen sur les catégories du droit public », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 389-407.
- Burgorgue-Larsen (Laurence), « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2015) », *AJDA*, 2016, pp. 143.
- Burgorgue-Larsen (Laurence), « Environnement et droits de l'homme. De l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Énergie – environnement – infrastructures*, Lexinexis, juin 2018, n° 6, pp. 53-55.
- Burgorgue-Larsen (Laurence), « Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 199-261.

## C

Canedo-Paris (Marguerite), « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, pp. 979-998.

Capdevila (Nestor), « Totalitarisme, idéologie et démocratie », *Actuel Marx*, 2003/1, n° 33, pp. 167-187.  
Capitant (René), « Sur l'abus des droits », *RTD civ.*, 1928, pp. 365.

Caporal (Stéphane), « Droits de l'homme, droits fondamentaux : histoire et concepts » (Notice 1) dans *Protection des libertés et droits fondamentaux* T. Renoux (dir.), La documentation française, 2 éd., 2011, pp. 7-12.

Carlier (Jean-Yves), « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *RIEJ* (vol. 79), 2017/2, pp. 175-204.

Carpentier (Mathieu), « Pour de nouveaux “modèles” de justice constitutionnelle », *RIDC* (vol. 68), 2016, n° 1, pp. 179-219.

Carpentier (Mathieu), « Présentation » (*Droit et indétermination* M. Carpentier (dir.)), *Droit & Philosophie* (vol. 9-1), novembre 2017, pp. 5-8.

Carpentier (Mathieu), Bligh (Gregory), « Présentation », *Droit & Philosophie* (vol. 9-2 : *Joseph Raz*), 2018, pp. 5-11.

Carpentier (Mathieu), « Controverses sur la “nature” du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques », *Droit & Philosophie* (vol. 9-2 : *Joseph Raz*), 2018, pp. 97-153.

Carpentier (Mathieu), « Un slogan pour une étiquette ? Sur la séparation du droit et de la morale », dans *Mélanges en l'honneur de Jean-François Kervégan* G. Marmasse, E. Aubert, E. Djordjevic (dir.), Paris, Presses de la Sorbonne, 2020.

Cartuyvels (Yves), « Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme ?* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.) [colloque organisé le 5 mars 2004 aux Facultés universitaires Saint-Louis par le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques et le Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et de la culture], Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 391-439.

Catellin (Sylvie), « L'abduction: une pratique de la découverte scientifique et littéraire », *Hermès, La Revue*, 2004, n° 39, pp. 179-185.

Cayla (Olivier), « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, mai-août 1998, n° 100, pp. 108-133.

Cayla (Olivier), « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 1166.

Cayrol (Nicolas), « Dommages-intérêts et abus de droit d'agir » [en ligne], 2013.

Champeil-Desplats (Véronique), « La notion de “droit fondamental” et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 323-329.

Champeil-Desplats (Véronique), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme* V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pp. 11-26.

Champeil-Desplats (Véronique), « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », dans *Libertés économiques et droits de l'homme* V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), Presses universitaires de Paris Ouest, 2011.

Champeil-Desplats (Véronique), « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum* [en ligne], 2012, n° 8.

Champeil-Desplats (Véronique), « Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française ? » (Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?), dans *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013, pp. 173-180.

Champeil-Desplats (Véronique), « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 9/2016.

Champeil-Desplats (Véronique), « Étayer les justifications juridictionnelles de la protection des droits et libertés ? Les cas du référé-liberté et du contentieux constitutionnel », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 265-277.

Champeil-Desplats (Véronique), « Droits et/ou normes. Les droits et libertés par-delà les énoncés : significations et structures normatives », *RDLF*, 2019, n° 24.

Champeil-Desplats (Véronique), « Identifier un concept unique de "droits fondamentaux" ? », *RFDC*, 2019/4, n° 120, pp. 865-874.

Champeil-Desplats (Véronique), « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 16/2019.

Champeil-Desplats (Véronique), Porta (Jérôme), Thévenot (Laurent), « Introduction : une expérience de recherche coopérative et transverse entre droit et sciences sociales », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 16/2019.

Charmont (Jean), « L'abus de droit », *RTD civ.*, 1902, pp. 113-125.

Chateauraynaud (Francis), Doury (Marianne), « "Désormais..." Essai sur les fonctions argumentatives d'un marqueur de rupture temporelle », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 4/10.

Chauviré (Christiane), « Le "nous" de Peirce ou la critique de l'égoïsme », *Klēsis*, 2016/34, pp. 116-129.

Chénéde (François), « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1172-1177.

Chenot (Bernard), « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, 3<sup>e</sup> année, 1953, n° 1, p. 57-58.

Chérot (Jean-Yves), « Paul Amselek et la normativité en droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif* (vol. 38), 2014, pp. 1997-2009.

Chérot (Jean-Yves), « L'analyse des concepts en droit (sur quatre thèses de Hart et quelques questions) », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif* (vol. 37), 2013, pp. 2273-2285.

Chérot (Jean-Yves), « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *Cahiers de méthodologie juridique, Doctrine juridique et philosophie politique et morale*, *RRJ*, 2017-5, n° 31, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 1903-1929.

Chevallier (Jacques), « L'ordre juridique », dans *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1984, pp. 7-49.

- Chevallier (Jacques), « Figures de l'usager », dans *Psychologie et science administrative* R. Draï (dir.), Paris, PUF, 1985, pp. 35-69.
- Chevallier (Jacques), « Les interprètes du droit », dans CURAPP. *La doctrine juridique*, PUF, 1993, pp. 259-282.
- Claeys (Priscilla), « The Right to Land and Territory : New Human Right and Collective Action Frame », *RIEJ* (vol. 75), 2015/2, pp. 115-137.
- Cohen (Joshua), « Truth and Public Reason », *Philosophy & Public Affairs* (vol. 37), 2009, n° 1, pp. 2-42.
- Cohen-Jonathan (Gérard), « Discrimination raciale et liberté d'expression. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 septembre 1994, Jersild c/Allemagne », *RUDH*, 1995, pp. 1.
- Cohen-Jonathan (Gérard), « L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, pp. 351.
- Cohen-Jonathan (Gérard), « Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale », *RTDH*, 2001, n° 46, pp. 665.
- Cohen-Jonathan (Gérard), « Abus de droit et libertés fondamentales », dans *Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 517-545.
- Colón Ríos (Joel), « The Counter-Majoritarian Difficulty and the Road not Taken: Democratizing Amendment Rules », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 25 (1), pp. 53-78.
- Comanducci (Paolo), « El abuso del derecho y la interpretación jurídica » (1998), *Revista de Derecho Privado*, 2011, pp. 107-118.
- Commaille (Jacques) et Dumoulin (Laurence), « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique* (vol. 59), 2009, n° 1, pp. 63-107.
- Corbin (Arthur L.), « Legal Analysis and Terminology », *Yale Law Journal*, 29 (1919-1920), pp. 163-173.
- Cornu (Gérard), « Linguistique juridique », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003, pp. 253.
- Corroyer (Grégory), Susana (Valérie), « Communicabilité des droits de l'homme : la Déclaration Universelle et sa mise en texte », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 4/2010.
- Costa (Jean-Paul), « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », dans *Mélanges G. Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 67-88.
- Coster (Thomas), « Droit et vérité dans la sociologie de Niklas Luhmann », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 18/2020.
- Couture (Yves), « Problématiser les liens entre la démocratie et les droits de l'homme. Les perspectives de Castoriadis, Lefort et Gauchet », *Klēsis*, 29/2014, pp. 50-64.

## D

- Dabin (Jean), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD*, 1964, pp. 27.
- Danblon (Emmanuelle), « À quelles conditions une charte est-elle efficace ? » *Argumentation et analyse du discours* [en ligne] 4/2010.
- Daugeron (Bruno), « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? » (Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ?), *Politeia* (n° 30), déc. 2016, pp. 227-251.
- Decaux (Emmanuel) « Dignité et Universalité », dans *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles* S.M. Helmons (dir.), Louvain-la-Neuve, Academia, 1999, pp. 163-180.
- De Frouville (Olivier), « L'état des critiques dans le champ juridique, un déni ? », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 77-97.
- Deininger (Jürgen), « Quelques réflexions sur les droits de l'Homme et l'Antiquité » dans *Stoïcisme antique et droit naturel moderne* V. Laurand et J. Terrel (dir.), Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, n° 1, pp. 131.
- De Jonge (Emmanuel), « La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique » (Les droits de l'Homme en discours), *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 4/2010.
- Delmas-Marty (Mireille), « Les droits de l'homme, ni l'homme, ni le droit », dans *Éthique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud/Inserm, 1988, pp. 321.
- Delmas-Marty (Mireille), « La grande complexité juridique du monde », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 89-106.
- Delvolvé (Pierre), « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, pp. 754-760.
- Desserteaux (Marc), « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD Civ.*, 1906, pp. 119-139.
- Deumier (Pascale), « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, pp. 578.
- De Vareilles-Sommières (Pascal), « Fraude à la loi », *Encyclopédie Dalloz de droit international* [en ligne], déc. 1998.
- Dewey (John), « My philosophy of law », dans *My philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Julius Rosenthal Law Foundation éd., Boston Law Books, 1941, pp. 73-85.
- Dickson (Brian), « The horizontal application of Human rights Law », dans *Human Rights. An Agenda for the 21<sup>st</sup> Century* A. Hegarty et S. Leonard (dir.), Cavendish Publishing Ltd., 1999, pp. 59.
- Dissaux (Nicolas), Jamin (Christophe), « Avant-propos », *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, Paris, 2015.
- Dittmann (Armin), « Le recours constitutionnel en droit allemand », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 10, mai 2001.

Djordjevic (Elodie), « Les droits humains, compagnons impuissants du néolibéralisme. À propos de : Samuel Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge », *La vie des idées* [en ligne], juillet 2019.

Doat (Mathieu), « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », dans *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presse universitaire de Rennes, 2007, pp 181-194.

Dord (Olivier), « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », dans *Les libertés publiques*, La Documentation française, 2000, pp. 12.

Drago (Guillaume), « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *RDA*, juin 2004, pp. 7-11.

Dross (William), « Abus d'une prérogative contractuelle et privation du droit de propriété : du mauvais usage de la rhétorique des droits fondamentaux », *RTD civ.*, 2014, pp. 141.

Dubarry (Julien), « Prendre la Constitution au sérieux (Regard franco-allemand sur l'enchevêtrement des discours juridique et politique au prisme de la proportionnalité) », *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1525.

Dubout (Édouard), Touzé (Sébastien), « Les critiques des droits de l'homme et le droit », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 7-23.

Dupré de Boulois (Xavier), « Les droits fondamentaux des personnes morales (Partie 1, 2 et 3) », *RDLF* [en ligne], 2011-2012, n<sup>os</sup> 15, 17, 1.

Dupré de Boulois (Xavier), « Existe-t-il un droit des libertés ? », *RDLF* [en ligne], 2017, n<sup>o</sup> 4.

Dupré de Boulois (Xavier), « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RDLF* [en ligne], 2018, n<sup>o</sup> 13.

Dupré de Boulois (Xavier), « On nous change notre... Référé-liberté », *RDLF* [en ligne], 2020, n<sup>o</sup> 12.

Dupré de Boulois (Xavier), « La critique doctrinale des droits de l'homme », *RDLF* [en ligne], 2020, n<sup>o</sup> 38.

Dupré de Boulois (Xavier), « La fin des droits de l'homme ? », *RDLF* [en ligne], 2020, n<sup>o</sup> 60.

Durkheim (Émile), « Les principes de 1789 et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement* (vol. XIX), 1890, pp. 450-456.

Durry (Georges), « La conception jurisprudentielle de l'abus de droit », *RTD civ.*, 1972, pp. 395.

Dussault (René), « De l'abus des droits », *Les Cahiers de droit*, 4 (3), 1961, pp. 114-125.

Dutheillet de Lamothe (Olivier), « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *NCCC* [en ligne], oct. 2014, n<sup>o</sup> 45.

Dutheillet De Lamothe (Louis), Odinet (Guillaume), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, pp. 1399.

Dworkin (Ronald), « Le positivisme », *Droit et société*, 1985, n<sup>o</sup> 1, pp. 31-50.

Dworkin (Ronald), « La Chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n<sup>o</sup> 1, pp. 51-79.



## E

Edelman (Bernard), « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 2009, n° 49, pp. 107-134.

Eisenberg (Melvin Aron), « The Principles of Legal Reasoning in Common Law », *Common Law Theory* Douglas E. Edlin (ed.), Cambridge University Press, 2007, pp. 84.

Eisenhart (Christopher), Johnstone (Barbara), « L'analyse du discours et les études rhétoriques », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 9/2012.

Escarras (Jean-Claude), « La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève. Étude de jurisprudence », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Beguet*, éd. Univ. Toulon-Var, 1985, pp. 354.

Evrigenis (Dimitrios), « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », *HRLJ*, 1982, pp. 121.

## F

Fabre-Magnan (Muriel), « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 2973.

Fabre-Magnan (Muriel), « La dignité en Droit : un axiome », *RIEJ* (vol. 58), 2007/1, pp. 1-30.

Fabre-Magnan (Muriel), « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 31-39.

Fabre-Magnan (Muriel), Levinet (Michel), Marguénaud (Jean-Pierre), Tulkens (Françoise), « Controverses sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 3-58.

Fatin-Rouge Stefanini (Marthe), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], 2013, n° 38.

Faure (Géraldine), Mongoin (David), « Propos introductifs », *Politeia*, déc. 2016, n° 30, pp. 205-215.

Fenouillet (Dominique), « Le détournement d'institution familiale », *Mélanges P. Malaurie*, Defrénois, 2005, pp. 237-282.

Ferrajoli (Luigi), « Théorie des droits fondamentaux », dans *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la constitution* M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), Dalloz, 2012, pp. 209-232.

Ferrarese (Estelle), Laugier (Sandra), « Politique des formes de vie », *Raisons politiques* (vol. 57), n° 1, 2015, pp. 5-12.

Ferry (Jean-Marc), « Droits de l'homme et raison publique en perspective post-séculière », *Raisonpublique.fr* [en ligne], 29 fév. 2016.

Flauss (Jean-François), « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 1992, pp. 461-468.

Fontaine (Lauréline), Supiot (Alain), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, 2017, n° 9, pp. 754-763.

Foeriers (Paul), Perelman (Chaïm), « Natural law and Natural Rights » (1974), in *Dictionary of the History of Ideas* P. Wiener (éd.), New-York, Scribner and Sons, pp. 13-14.

Foucault (Michel), « La généalogie de l'individu moderne », dans *Michel Foucault : un parcours philosophique* H. Dreyfus, P. Rabinow, M. Foucault (dir.), Paris, Gallimard, 1984, pp. 315.

Frison-Roche (Marie-Anne), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, pp. 573.

Frydman (Benoît), « Habermas et la société civile contemporaine », dans *La société civile et ses droits* B. Frydman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 123-144.

Frydman (Benoît), « Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », dans *Le dialogue des juges*, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147-166.

Frydman (Benoît), « Comment penser le droit global », dans *La science du droit dans la globalisation* J.-Y. Chérot, B. Frydman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 17-48.

Frydman (Benoît), « Réaliser la démocratie à l'échelle globale » [en ligne], dans *La démocratie : Mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique* A. Viala (dir.), Paris, LGDJ, 2014.

Frydman (Benoît), « Renouveau et avancée dans la définition du droit », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 989.

Frydman (Benoît), « La concurrence normative européenne et globale » [allocation d'ouverture du colloque international *Concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne. Théorie et pratique(s)*], Centre Perelman de philosophie du droit : Working Paper n° 2016/3 [en ligne].

Frydman (Benoît), « Le juge à l'âge global », *Cités*, 2017/1, n° 69, pp. 59-72.

Frydman (Benoît), « Le droit comme savoir et comme instrument d'action dans la philosophie pragmatique » *RRJ*, 2017/5, pp. 1805-1819.

Frydman (Benoît), Hennebel (Ludovic), « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *RTDH*, 2009, pp. 73-136.

Frydman (Patrick), « Conclusions sur Conseil D'État, Assemblée, 27 octobre 1995 », V., *RFDA*, 1995, pp. 1204.

Frydman (Patrick), « Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge. À propos de la dignité de la personne humaine », *RFDA*, 2015, pp. 1100.

Fuerstein (Michael), « Epistemic Democracy Without Truth : The Deweyan Approach », *Raisons politiques* (vol. 81), 2021, n° 1, pp. 81-96.

## G

Gabriel (Markus), « Concepts et objets dans les “nouveaux réalismes” », trad. par T. Hoquet, *Critique*, 2019/3, n° 862, pp. 202-214.

Galetta (Diana-Urania), « Le principe de proportionnalité », dans *Traité de droit administratif européen* J-B. Auby et J. Dutheil (dir.), Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2014, pp. 501-526.

Gallie (Walter Bryce), « Les concepts essentiellement contestés » (1956), *Philosophie*, 2014, n° 112, pp. 9-33.

Gaté (Jean-Marc), « Entretien avec Paul Ricœur », *Le Philosophoire*, 2001/3, n° 15, pp. 9-21.

Gauchet (Marcel), « Les droits de l’homme ne sont pas une politique », *Le Débat* (vol. 3), 1980, n° 3, pp. 3-21.

Gauchet (Marcel), « Les tâches de la philosophie politique », *Revue du Mauss*, 2002/1, n° 19, pp. 275-303.

Gaudin (Hélène), « Si proches, si lointaines... L’Union européenne face à la Convention européenne des droits de l’homme », *AJDA*, 2015, pp. 1679.

Gautier (Pierre-Yves), « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l’anti-Daguesseau », *JCP*, 2016, n° 7, pp. 189.

Gay (Laurence), « La protection de la santé dans l’alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Un principe, des droits », *Politeia* [en ligne], juin 2020, n° 37.

Géa (Frédérique), « Brèves réflexions sur l’identité et la (con)textualité du droit », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 99-107.

Gelblat (Antonin), « Appréhender l’imprécision des droits : approche stratégique », dans *Précisions et droits de l’Homme* V. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 59-75.

Genevois (Bruno), « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », dans *Les règles et principes non écrits en droit public* M. Verpeaux et P. Avril (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2000, pp. 24.

Gervais (André), « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », dans *Mélanges Paul Roubier. Théorie générale du droit et du droit transitoire*, Paris, Dalloz, t. 1, 1961, pp. 241-252.

Gilabert (Pablo), « Humanist and Political Perspectives on Human Rights », *Political Theory* (vol. 39), n° 4, 2011, pp. 439-467.

Gogos (Demetrius), « Nouvelles tendances d’interprétation du droit privé allemand. La conception causale du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1957, 9-3, pp. 528-536.

Goguel (François), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », dans *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* L. Favoreu (dir.), Aix-Marseille, Economica, 1982, pp. 225-240.

Gonod (Pascale), Guyomar (Mattias), « Détournement de pouvoir et de procédure », *Répertoire du contentieux administratif* [en ligne], oct. 2010.

Goyard-Fabre (Simone), « Re-penser le rationalisme dans son rapport à la justice » [Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue, 2011, Aix-en Provence], *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, pp. 29-40.

Granger (Marc-Antoine), « Existe-t-il un “droit fondamental à la sécurité” ? », *RSC*, 2009, pp. 273.

Grice (Herbert Paul), « Meaning Revisited », dans *Mutual Knowledge* N.V. Smith (éd.), New York, Academic Press, 1982, rééd. dans *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard UP, 1989, pp. 283-303, trad. française F. Pataut dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, pp. 293-330.

Grimm (Dieter), « L’interprétation constitutionnelle. L’exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum* [en ligne], déc. 2011, n° 6.

Guastini (Riccardo), « Diritti », *Analisi e diritto*, 1994, pp. 163-174.

Guibourg (Ricardo A.), « La balance de la justice et le système des poids et mesures » [Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue, 2011, Aix-en Provence], *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, pp. 81-87.

Guibourg (Ricardo A.), « Le néo-constitutionnalisme et les droits de l’Homme », *La Revue des droits de l’homme* [en ligne], 10/2016.

Guillot (A.), « L. Dubouis, La théorie de l’abus de droit et la jurisprudence administrative », *Revue internationale de droit comparé*, 16/1, 1964, pp. 231-233.

Gutmann (Daniel), « La question du droit subjectif chez Guillaume d’Occam », dans *Le droit des Modernes (XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)* S. Rials (dir.), Paris, LGDJ, 1994, pp. 11.

Gutmann (Daniel), « Droit subjectif », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), Paris, PUF, 2003, pp. 533.

Gutteridge (Harold C.), « Abuse of Rights », *The Cambridge Law Journal* (vol. 5), 1933, n° 1, pp. 22-45.

Guyomar (Mattias), « Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », dans *Mélanges en l’honneur du Professeur Frédérique Sudre. Les droits de l’homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, pp. 323-334.

Guyomar (Mattias), « La Cour européenne des droits de l’homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le “contrôle du contrôle” », *Justice et actualités*, n° 24, déc. 2020, pp. 15-19.

## H

Haarscher (Guy), « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH*, 1995, pp. 417.

Haarscher (Guy), « Les périls de la démocratie militante. Cour européenne des droits de l’homme, Féret c. Belgique, 16 juillet 2009 », *RTDH*, 2010, n° 82, pp. 44-66.

Halpern (Catherine), « Rencontre avec Jacques Rancière : L’émancipation est l’affaire de tous », *Sciences humaines* [en ligne], mai-juin 2011.

Hartleb (Torsten), « Les effets préliminaires des droits fondamentaux dans le débat allemand sur la bioéthique », *RFDC*, 2021/2, n° 126, pp. 31-47 .

- Hauser (Jean), « Conflits de droit et proportionnalité », *RTD civ.*, 2014, pp. 856.
- Havas (Nathalie), « Prise de conscience éthique, le juge et la démocratie », dans *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions* M. Rota (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 13-21.
- Héleine (François), « Le droit des obligations. Une double préoccupation des tribunaux : contrôler les comportements, s'adapter au droit nouveau » dans *Le nouveau Code civil du Québec : Un bilan* P.-A. Comeau et al (éds), Montréal, *Wilson & Lafleur*, 1995, pp. 27.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 59-86.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), « Séparation, garantie, neutralité... Les multiples grammaires de la laïcité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/4, n° 53, pp. 9-19.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], septembre 2018.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), « Nous sommes Achbita (CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15) », *RTD Eur.*, 2019, pp. 105.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), « The Mall », *RFDA*, 2020, pp. 833.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), Wolmark (Cyril), « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire CJUE Achbita », *Semaine sociale Lamy*, 2016, pp. 5-8.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), Slama (Serge), « La valse des états d'urgence », *AJDA*, 2020, pp. 1753.
- Hennette-Vauchez (Stéphanie), Marguet (Laurie), « La QPC et les “droits et libertés que la Constitution garantit” : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », *La revue des droits de l'homme* [en ligne], 20/2021.
- Herrera (Carlos Miguel), « Démocratie, pouvoir judiciaire, droits sociaux », dans *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux* C.-M. Herrera et S. Pinon (dir.), éd. Kimé, 2012, pp. 61-78.
- Hertzog (Robert), « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de significations ? », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 446.
- Hervieu (Nicolas), « Absence d'un droit conventionnel à l'avortement et primauté des valeurs morales nationales », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], déc. 2010.
- Hochmann (Thomas), « La “quenelle” d'Anelka », *Raisons Politiques*, 2016/3, n° 63, pp. 51-66.
- Hochmann (Thomas), « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *AJDA*, 2021, pp. 805.
- Hohfeld (Wesley Newcomb), « Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal* (vol. 26), 1917, n° 8, pp. 710-770.

## J

Jacopin (Sylvain), « Le recours à la notion de démocratie par la Cour de cassation. Du rôle de la chambre criminelle dans la répression des délits de presse. “De ce qui est nécessaire dans une société démocratique” », *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions* M. Rota (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 45-60.

Jamin (Christophe), « Juges : le retour des déformations morbides ? », *Revue justice actualités*, ENM, déc. 2020, n° 24, pp. 41-45.

Jeanneney (Julien), « Désobéir », *Droit et Littérature*, 2019, n° 3, pp. 97-109.

Jouanjan (Olivier), « Ernst-Wolfgang Böckenförde et la légitimité de l'état sécularisé », *Droits*, 2014/2, n° 60, pp. 117-136.

Jourdain (Patrice), « Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité ? », dans *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?* M. Nicod (dir.), Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, pp. 77-83.

Juan (Stéphanie), « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *RDP*, 2006, n° 2, pp. 439.

## K

Kalinowski (Georges), « Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, 1972, pp. 39-50.

Kant (Emmanuel), « Was ist Aufklärung ? », *Berlinische monatschrift*, 1794, trad. *Qu'est-ce que les Lumières ?* J. Mondot (dir.), Publications Université de Saint-Étienne, 1991, pp. 71-85.

Kant (Emmanuel), « Sur le lieu commun : il se peut que ce soit juste en théorie, mais, en pratique, cela ne vaut point » (trad. L. Ferry), dans *Œuvres philosophiques III*, Paris, Gallimard, 1986, pp. 269.

Karayannis (Vassilios S.), « L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire (à propos de l'arrêt Kefalas) », *Cahiers de droit européen*, 1999, n° 56, pp. 521-536.

Kelsen (Hans), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

Kervégan (Jean-François), « Carl Schmitt, critique du normativisme kelsénien », dans *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Scmitt*, L'Harmattan, 1995, pp. 229-241.

Kervégan (Jean-François), « Propos conclusif », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 313.

Kjellgren (Anders), « On the Border of abuse, The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention. Fraud and Other Misuse of Community Law », *European Business Law review*, 2000, pp. 179-194.

Kornhauser (Lewis), « The Economic Analysis of Law », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en ligne], juillet 2017.

Korolitski (Ulysse), « Faut-il réprimer le révisionnisme parce qu'il est faux ? », *Raisons politiques*, 2016/3, n° 63, pp. 85-102.

Korta (Kepa), Perry (John), « Pragmatics », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* E. N. Zalta (éd.) [en ligne], août 2019.

Kovačević-Kuštrimović (Radmila), « Le domaine de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit », *Facta Universitatis (Series Law and Politics)* (vol. 1), 1994, n° 1, pp. 41-55.

Kramer (Matthew), Steiner (Hillel), « Theories of Rights: Is There a Third Way ? », *Oxford Journal of Legal Studies* (vol. 27), n° 2, pp. 281-310.

Kucsko-Stadlmayer (Gabriele), « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 10, mai 2001.

## L

Labayle (Henri), « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, pp. 75.

Lachaume (Jean-François), « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, n° spéc., 1998, pp. 92.

Lacroix (Justine), « Des droits de l'homme aux droits humains ? À propos de : S. Moyn, *The Last Utopia : Human Rights in History*, Harvard », *La vie des idées* [en ligne], 20 oct. 2010.

Lacroix (Justine), Pranchère (Jean-Yves), « Plaidoyer pour les droits de l'homme. La pensée politique à l'épreuve des critiques contemporaines des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 25-44.

Lafaille (Franck), « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *Revue juridique de l'environnement*, 2018/3, pp. 549-563.

Lagondet (Fabien), « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2003, n° 1, pp. 8-11.

Langenfeld (Christine), « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2019, n° 2, pp. 69-80.

Langlais (Claire), « Le communautarisme dans le contentieux des droits de l'homme. De la pertinence des critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 181-198.

Langlais (Claire), « La fragmentation du principe de non-discrimination devant la Cour européenne des droits de l'homme : une source d'imprévisibilité », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 15/2019.

Lapierre (Christopher), « Le fondement imaginaire du perçu chez Merleau-Ponty et Grimaldi », *Revue de métaphysique et de morale*, 2015/3, n° 87, pp. 353-376.

Latil (Arnaud), « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *RTDH* [en ligne], 2010.

Laugier (Sandra), « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 2004/4, t. 67, pp. 607-627.

- Laugier (Sandra), « Actes de langage et états de choses : Austin et Reinach », *Les études philosophiques*, 2005/1, n° 72, pp. 73-97.
- Laugier (Sandra), « La démocratie comme enquête et comme forme de vie », *Multitudes* (vol. 71), 2018, n° 2, pp. 157-166.
- Laurent (Philippe), « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *LPA*, 8 mars 2000, n° 48, pp. 6.
- Lazerges (Christine), « Le droit à la sécurité a-t-il effacé le droit à la sûreté ? L'exemple de la loi "Sécurité globale" », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 20/2021.
- Le Bohec (Jean-Baptiste), « Bobbio, disciple de Wittgenstein. Philosophie du langage ordinaire et épistémologie juridique », *Droits*, 2017/1, n° 65, pp. 201-213.
- Leborne (Jérôme), « L'embryon et le fœtus, entre personne et chose, entre science et droit : des protections d'intérêts », *Revue générale du droit* [en ligne], 2020, n° 51180.
- Lebreton (Gilles), « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », dans *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 53-63.
- Le Bris (Catherine), « La crise sanitaire en France au regard du droit international des droits de l'homme ou les limitations des libertés en quête d'un juste équilibre », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 2021, n° 19.
- Leclerc (Henri), « Vinci et le Code », *Legicom*, 2015/2, n° 55, pp. 102-108.
- Le Gac-Pech (Sophie), « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *Revue justice actualités*, déc. 2020, n° 24, pp. 46-52.
- Legendre (Pierre), « Anthropologie dogmatique. Définition d'un concept », dans *Annuaire de l'École pratique des hautes études (Section des sciences religieuses)*, T. 105, 1996-1997, pp. 22-43.
- Legrand (André), « La croix et la Bavière : tempêtes sur le contrôle de constitutionnalité en République fédérale allemande », dans *Mélanges Patrice Gélard*, éd. Montchrestien, 1999, pp. 289-299.
- Le Mire (Pierre), « Article 17 », dans *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, pp. 509-522.
- Lemouland (Jean-Jacques), « Le tourisme procréatif », *Les petites affiches*, 28 mars 2001, pp. 24.
- Le Pillouer (Arnaud), « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit & Philosophie* (vol. 9-1), novembre 2017, pp. 19-43.
- Le Pourhiet (Anne-Marie), « À propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, nov. 1991, n° 59, pp. 159.
- Le Pourhiet (Anne-Marie), « L'hégémonie des droits fondamentaux ou l'inversion des fins », *Politeia*, décembre 2016, n° 30, pp. 317.
- Le Pourhiet (Anne-Marie), « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions*, 2018, n° 2, pp. 205.
- Lever (Annabelle), « Democracy and Truth », *Raisons politiques*, 2021/1, n° 81, pp. 29-38.



- Lever (Annabelle), Gerber (Dominik), « Introduction » (Pragmatism and Epistemic Democracy), *Raisons politiques*, 2021/1, pp. 5-10.
- Levinet (Michel), « Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit », dans *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 125-150.
- Levinet (Michel), « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011/2, n° 86, pp. 227-263.
- Lewis (David), « Psychophysical and Theoretical Identifications », *Australasian Journal of Philosophy*, 50, 1972, pp. 249-258.
- Lewis (David), « Scorekeeping in a language-game », *Journal of Philosophical language*, vol. 8, 1979, pp. 339-359, trad. D. Chapuis-Schmitz dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, pp. 331-365.
- Libchaber (Rémy), « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », dans *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, pp. 505.
- Lipari (Nicolò), « On abuse of rights and Judicial Creativity », dans *The Italian Law Journal* (vol. 3), 2017, n° 1, p. 55.
- Lochak (Danièle), « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *RIEJ*, 1984, n° 13, pp. 49-88.
- Lochak (Danièle), « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » dans *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, pp. 252-285.
- Lochak (Danièle), « Vous avez dit "humanitaire" ? », *Le droit figure du politique. Études offertes au Professeur Michel Mialle*, Université de Montpellier, 2008, t. II, pp. 117-140.
- Lochak (Danièle), « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 293-311.
- Loewenstein (Karl), « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review* (vol. 31), 1937, pp. 417-432.
- Loiseau (Grégoire), « Des droits humains pour personnes non humaines », *Recueil Dalloz*, oct. 2011, n° 37, pp. 2558.
- Louvel (Bertrand), « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 1326.
- Luyat (Marion), Regia-Corte (Tony), « Les affordances : de James Jerome Gibson aux formalisations récentes du concept », *L'Année psychologique* (vol. 109), 2009/2, pp. 297-332.
- Lyon-Caen (Antoine), « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *Revue de droit du travail*, 2007/2, pp. 84-88.

## M

- Magnon (Xavier), « La QPC est-elle une question préjudicielle ? », *AJDA*, 2015, pp. 254.
- Magnon (Xavier), « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *Politeia*, décembre 2016, n° 30, pp. 303.
- Maingueneau (Dominique), « Que cherchent les analystes du discours ? », *Argumentation et analyse du discours* [en ligne], 9/2012.
- Malverti (Clément), Beaufile (Cyrille), « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », *AJDA*, 2020, pp. 722.
- Marguénaud (Jean-Pierre), « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.*, 2005, pp. 341.
- Marmor (Andrei), « Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech », dans *Language in the Law* A. Marmor et S. Soames, Oxford, *Oxford University Press*, 2011, pp. 96-104.
- Martens (Paul), « Thémis et ses plumes: Réflexions sur l'écriture juridique », dans *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 345-372.
- Martin (Fabienne), « Indéfini, modalité et généricité dans la Déclaration des Droits de l'Homme », *Argumentation et Analyse du Discours* [en ligne], 4/2010.
- Maspétiol (Roland), « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », *Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, 1964, pp. 71-81.
- Massis (Thierry), « Respect des croyances, dignité et loi du 29 juillet 1881 », *Légipresse*, n° 197, 2002, pp. 172.
- Mathieu (Bertrand), « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », Dalloz, 1995, pp. 211.
- Mathieu (Bertrand), « Les droits fondamentaux ont-ils fait oublier l'intérêt général », *Politeia*, déc. 2016, pp. 279.
- Mead (George Herbert), « Conscience sociale et conscience de la signification » (1910), trad. A. Cukier, dans *La Théorie sociale de G. H. Mead. Études critiques et traductions inédites* A. Cukier et E. Debray (dir.), Lormont, Le Bord de l'eau, 2014, pp. 390-404.
- Mead (George Herbert), « The Social Self », *Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1913, n° 10, p. 374-380.
- Michelman (Franck I.), « Justification (and the justifiability) of Law in a Contradictory Word », *Nomos* (vol. 28), 1986, pp. 71-99.
- Millard (Éric), « Effectivité des droits de l'homme », dans *Dictionnaire des droits de l'homme* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials, F. Sudre (dir.), Paris, PUF, 2008, pp. 1.
- Millard (Éric), « Précision et effectivité des droits de l'Homme », dans *Précisions et droits de l'Homme* V. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 77-85.
- Millet (François-Xavier), « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, pp. 307.

Mingam (Christine) et Duval (Astrid), « L'abus de droit, état du droit positif », *Revue juridique de l'Ouest*, 1998, n° 4, pp. 543-570.

Misak (Cheryl), Talisse (Robert B.), « Pragmatism, Truth, and Democracy », *Raisons politiques*, vol. 81, 2021/1, n° 1, pp. 11-27.

Molfessis (Nicolas), « Droit fondamental, un label incontrôlé », *JCP G*, 2009, n° 25, pp. 32.

Morand (Charles-Albert), « Régulation, complexité et pluralisme juridiques » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 615-630.

Moreira (Vital), « Le Tribunal constitutionnel portugais : le “contrôle concret” dans le cadre d’un système mixte de justice constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 10, mai 2001.

Moret-Bailly (Joël), « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits* (vol. 55), 2012, n° 1, pp. 177-212.

Morin (Gaston), « L’abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Revue de métaphysique et de morale*, 1929, pp. 267-283.

Morin (Gaston), Souriau (Étienne), Blondel (Maurice), Emges (Carl August), « L'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique (séance du 30 novembre 1928) », *Les Études philosophiques*, PUF, 3<sup>e</sup>, n° 1, 1929, pp. 1-8.

Moyse (Pierre-Emanuel), « L’abus de droit : l’anténorme. Partie 1 », *Revue de droit de McGill* (vol. 57), juin 2012, n° 4, pp. 867-868.

Moyse (Pierre-Emanuel), « L’abus de droit : l’anténorme. Partie 2 », *Revue de droit de McGill* (vol. 58), septembre 2012, n° 1, pp. 1-60.

## N

Naftali (Patricia), « Le “droit à la vérité” à l’épreuve de ses mobilisations en Amérique latine: entre ressource et contrainte », *RIEJ* (vol. 75), 2015/2, pp 139-165.

Nedelsky (Jennifer), « Reconceiving Rights as Relationship », *Review of Constitutional Studies* (vol. 1), Issue 1, 1993, pp. 1-26.

Neirinck (Claire), « La dignité ou le mauvais usage juridique d’une notion philosophique », dans *Éthique, Droit et Dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999, pp. 39-50.

Nerson (Roger), « Exercices de vocabulaire », dans *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, pp. 604.

## O

Ogien (Albert), « La démocratie comme revendication et comme forme de vie », *Raisons politiques*, 2015/1, n° 57, pp. 31-47.

O’Neill (Onara), « The Dark Side of Human Rights », *International affairs* (vol. 81), mars 2005, n° 2, pp. 427-439.

Ost (François), « Originalités des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme » dans *Raisonnement la raison d'État : vers une Europe des droits de l'homme* (travaux du séminaire "Politique criminelle et droits de l'homme") M. Delmas-Marty (dir.), Paris, PUF, 1989, pp. 405-463.

Ost (François), « Quelle liberté pour les groupements liberticides ? », *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit* H. Dumont et a. (dir), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 449.

Ost (François), « Stand up for your rights ! », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 51-74.

## P

Palombella (Gianluigi), « The Abuse of Rights and the Rule of Law » dans *Abuse : The Dark Side of Fundamental Rights* A. Sajó (dir.), Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, pp. 1.

Papaux (Alain), « Droit en contexte, droit exercé : la mètis ou les figures de l'habileté juridique », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 122-129.

Papaux (Alain), « La loi en panne symbolique ou comment mourir à la singularité devant la loi de Kafka. Loi et cas dans la philosophie polaire du droit : une impossible rencontre ? », *Revue européenne des sciences sociales* [en ligne], 2006, pp. 53-76.

Parisot (Valérie), « La charte des droits fondamentaux, un instrument inutile pour les travailleurs ? », dans *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Essai de bilan* A. Biad, V. Parisot (dir.), Bruxelles, Anthémis, 2018, pp. 367-411.

Patti (Salvatore L.), « Abuso del diritto », *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, I, Utet, Torino, 1987, pp. 1.

Peces-Barba Martinez (Gregorio), « Michel villey et les droits de l'homme », *Droit et société*, 2009/1, n° 71, pp. 93-100.

Pereira (Brigitte), « Responsabilité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* [en ligne], déc. 2020.

Perreau (Étienne-Ernest-Hippolyte), « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », *Revue générale du droit*, 1913, pp. 481.

Petev (Valentin), « Vérité et justification en droit » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 663.

Petit (Benoît), « Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire », *RDLF* [en ligne], 2017, n° 19.

Pettiti (Louis-Edmond), « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention : de l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », dans *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, pp. 27.

Pfersmann (Otto), « Droit et justice », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1, n° 33, pp. 27-41.

Picard (Étienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spéc., 1998, pp. 6-42.

- Picard (Étienne), « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999, n° 4, pp. 885-915.
- Picard (Étienne), « Droits fondamentaux », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, 2003, pp. 544-549.
- Picavet (Emmanuel), « Formes sociales et actes sociaux. L'originalité du point de vue de Reinach », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie* J. Benoit et J.-F. Kervégan (dir.), CNRS Éditions, 2008, pp. 179-197.
- Pichonnaz (Pascal), « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 130-138.
- Picod (Yves), « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », dans *La concurrence déloyale : permanence et devenir* Y. Serra (dir.), Dalloz, 2001, pp. 11.
- Picod (Yves), Auguet (Yvan), Dorandeu (Nicolas), « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, oct. 2010, 61 p.
- Pimont (Sébastien), « Présentation », Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue ? (2011), Aix-en Provence, *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, pp. 11-13.
- Pirovano (Antoine), « L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence française », dans *Inchieste di diritto comparato* M. Rotondi (dir.), vol. VII, Cedam, 1979, pp. 315-359.
- Pirovano (Antoine), « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », dans *L'Algérie en mutation : les instruments juridiques du passage à l'économie de marché* R. Charvin et A. Guesmi (dir.), Paris, L'Harmattan, 2001.
- Pluen (Olivier), « Le(s) rôle(s) de contrôle du Conseil constitutionnel et de la juridiction administrative pendant la période d'état d'urgence 2015-2017 : entre progression et limites d'une spécificité française », *Droits*, 2019/1, pp. 219-241.
- Pons (Camille), « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue Québécoise de Droit international*, , 2018, n° 31, pp. 119-142.
- Ponsard (Régis), « "Objectivité" et autonomie du droit en question dans *Les fondements a priori du droit civil* d'Adolf Reinach. Prolégomènes : "qu'est-ce qu'être reinachien en droit" ? », dans *Adolf Reinach. Entre droit et phénoménologie* J. Benoit et J.-F. Kervégan (dir.), CNRS Éditions, 2008, pp. 149-178.
- Ponsard (Régis), « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016, n° 2015/31, pp. 37-63.
- Ponsard (Régis), « De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit. Fabriquer consciemment des instruments d'analyse scientifiquement autonomes, ajustés et visionnaires », *RFDC*, 2019/4, n° 120, pp. 797-824.
- Popelier (Patricia), « Le droit constitutionnel en contexte », *RIEJ* (vol. 70), 2013/1, pp. 149-156.
- Prévost-Gella (Jérôme), « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *RFDA*, 2017, pp. 855.
- Prost (Mario), « Fragmentation et droits de l'homme : contre le droits-de-l'hommisme intégral », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15/2019.

Puig (Pascal), « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD Civ.*, 2016, pp. 70.

Putnam (Hilary), « Minds and Machines », dans *Dimensions of Minds* S. Hook (éd.), New York UP, 1960, pp. 138-164.

## R

Rabault (Hugues), « La théorie du droit fonctionnaliste de Niklas Luhmann », *Droits*, 2018/2, n° 68, pp. 201-221.

Raiser (Ludwig), « Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht » (1961), dans *Die Aufgabe des Privatrechts*, Francfort-sur-le-Main, Metzner, 1977, pp. 115.

Raspail (Hélène), « Effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales : l'efficacité des techniques du droit international des droits de l'homme en question », dans *Refonder les droits de l'Homme, Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 117-151.

Rawls (John), « Unité sociale et biens premiers », *Raisons politiques*, 2009/1, n° 33, pp. 9-43.

Raz (Joseph), « The Institutional Nature of Law », *The Modern Law Review* (vol. 38), 1975, n° 5, pp. 489-503.

Raz (Joseph), « Legal Validity », *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* (vol. 63), 1977, n° 3, pp. 339-353.

Raz (Joseph), « On the Nature of Rights », *Mind*, avril 1984 (vol. 93), n° 370, pp. 194-214.

Raz (Joseph), « Human Rights in the Emerging World Order », *Transnational Law Review* (vol. 1), 2010, pp. 31-47.

Redor-Fichot (Marie-Joëlle), « Le recours à la notion de démocratie dans la jurisprudence du Conseil d'État », dans *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions* M. Rota (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 25-36.

Renoux (Thierry Serge), « Justice de proximité : du mythe à la réalité ? », *RFDC* (vol. 55), juil. 2003, n° 2, pp. 548-566.

Reygrobelle (Arnaud), François (Bénédicte), Pernazza (Frederico), Deckert (Katrin), Chacornac (Jérôme), « La réforme du contentieux boursier : répression des abus de marché en France et solutions étrangères », *Bulletin Joly Bourse*, 2016, n° 11, pp. 468-488.

Ricci (Roland), « L'ordonnement d'un système juridique par la recherche de la cohérence : l'apport des études comparatives de jurisprudence », dans *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant* M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir.), Presse universitaire de Rennes, 2007, pp. 195.

Ricœur (Paul), « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », dans *Interprétation et droit* P. Amselek (dir.), Bruylant, 1995, pp. 177-188.

Ricœur (Paul), « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, nov. 1994, n° 206, pp. 28-48.

- Ricœur (Paul), « Autonomie et vulnérabilité », dans *Le juste*, t. 2, *Esprit*, 2001, pp. 88.
- Ringelheim (Julie), « Introduction » (Les droits humains saisis par les mouvements sociaux), *RIEJ* (vol. 75), 2015/2, pp. 59-66.
- Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits. À propos de l'ouvrage de monsieur Josserand », *Rev. Crit.*, 1929, pp. 33.
- Rivero (Jean), « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », dans *René Cassin Amicorum Disciplorumque Liber*, Pedone, 1969, t. III, pp. 311-322.
- Rivero (Jean), « Rapport de synthèse », *RIDC*, vol. 33, 1981, n° 2, pp. 659-671.
- Rivero (Jean), « Une éthique fondée sur le respect de l'Autre » dans *Les droits de l'Homme en questions*, La Documentation française, 1989, pp. 181.
- Robbe (François), « Démocratie représentative et participation », dans *La démocratie participative* F. Robbe (dir.), L'Harmattan, 2007, pp. 11-32.
- Roman (Diane), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Revue des droits de l'homme* [en ligne], janv. 2012.
- Roman (Diane), « L'autodétermination personnelle et les choix sur la vie et la mort dans la jurisprudence de la Cour européenne », dans *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* M. Levinet (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 253-276.
- Roman (Diane), « Rapport de synthèse » (Vulnérabilité et droits fondamentaux : Colloque du 19 et 20 avril 2018, Université de la Réunion), *RDLF*, 2019, n° 19.
- Roman (Diane) : « "Liberté, égalité, fraternité" : la devise républicaine à l'épreuve du covid-19 », *RDSS*, 2020, pp. 926.
- Romano (Salvatore), « Abuso del diritto (diritto attuale) », *Enciclopedia del diritto*, I, éd. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 168.
- Rosenfeld (Michel), « "Droit et démocratie" : un ouvrage de référence » (dossier spécial : Habermas et le droit), *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1506.
- Rotondi (Mario), « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD civ.*, 1980, pp. 66.
- Roulhac (Cédric), « Propos introductifs », dans *Précision et droits de l'homme* V. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 2-10.
- Rousseau (Dominique), « Constitutionalisme et démocratie », *La Vie des idées* [en ligne], 19 sept. 2008.
- Rousseau (Dominique), « Le recours à la notion de démocratie par le Conseil constitutionnel français », dans *Le recours à la notion de démocratie par les juridictions* M. Rota (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 37-44.
- Roussel (Sophie), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative », *AJDA*, 2021, pp. 780.
- Rouvière (Frédéric), « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.*, 2016, pp. 279-296.

Rouvière (Frédéric), « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité », *Revue justice actualités*, ENM, déc. 2020, n° 24, pp. 35-41.

Rrapi (Patricia), « Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], juin 2020.

Ruiz Miguel (Carlos), « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], mai 2001, n° 10.

Ryssdal (Rolv), « Le rôle croissant de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *L'avenir des droits de l'homme dans un monde en mutation* A. Eide et J. Helgesen (éd.), Presses universitaires norvégiennes, 1991.

## S

Saada (Julie), « Pour une théorie impure du droit ? La déconstruction, entre interprétation et politique », [Actes du Séminaire théories du droit, théories de la justice – Rupture ou dialogue, 2011, Aix-en Provence], *Jurisprudence revue critique*, nov. 2012, pp. 63-78.

Sabete (Wagdi), « De la complexité de détermination des valeurs fondatrices du droit ou suite humienne », dans *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant* M. Doat, J. Le Goff, P. Pédrot, PUR, 2007, pp. 217-238.

Sailleilles (Raymond), « De l'abus des droits » (Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil), *Bull. soc. études et législ.*, 1905, t. 4, pp. 325.

Savatier (Jean), « Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique », *Droit social*, 2004, pp. 354.

Scanlon (Thomas Michael), « Freedom of Expression and Categories of Freedom », *University of Pittsburgh L.R.*, 1979, n° 40, pp. 519-550.

Schaeffer (Jean-Marie), « De l'imagination à la fiction », *vox-poetica* [en ligne], 2002.

Schofield (Philip), « Jeremy Bentham's 'Nonsense upon Stilts' », *Utilitas*, Cambridge University Press, 2003, 15(1), pp. 1-26.

Searle (John Rogers), « What is a Speech Act ? » dans *Philosophy in America* M. Black (éd.), Ithaca, Cornell UP, 1962, trad. B. Ambroise dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, pp. 261-291.

Sériaux (Alain), « Abus de droit », dans *Dictionnaire de la culture juridique* D. Alland et S. Rials (dir.), Paris, PUF, 2003.

Seurot (Laurent), « Le contentieux de la sanction administrative insuffisamment sévère », *RFDA*, 2021, pp. 48.

Simmonds (Nigel E.), « The Analytical Foundations of Justice », *Cambridge Law Journal*, 1995, n° 54, pp. 306-341.

Simon (Denys), « Vers la reconnaissance progressive de la théorie de l'abus de droit communautaire ? », *Europe*, fév. 2001, n° 2, pp. 52.



Simon (Denys), Rigaux (Anne), « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, pp. 559-587.

Smith (Lionel), « The Motive, Not the Deed », dans *Rationalizing Property, Equity and Trusts: Essays in Honor of Edward Burn* Joshua Getzler (éd), Trowbridge, LexisNexis, 2003, 28 p.

Sortais (Jean-Pierre), « Abus de majorité, minorité, égalité », *Répertoire des sociétés* [en ligne], juil. 2019.

Spielmann (Alphonse), Spielmann (Dean), « La notion de l'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », dans *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 nov. 1989, pp. 58-77.

Spielmann (Alphonse), « La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 673-686.

Stancati (Claudia), « Umberto Eco, philosophe des signes », *La vie des idées* [en ligne], 16 déc. 2016.

Stexhe, (Guillaume de) « Devoir, Pouvoir ? La responsabilité dans les limites de la simple humanité », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 91-130.

Stone Sweet (Alec), Mathews (Jud), « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008/47, pp. 72-164.

Strawson (Peter Frederick), « Meaning and Context » (1970), dans *Entity and Identity*, Oxford, OUP, 1997, pp. 216-231, trad. B. Ambroise dans *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Paris, Vrin, pp. 59-79.

Sudre (Frédéric), « Constitutions et protection internationale des droits de l'homme », dans *Constitution et Droit international*, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel (vol. 8), Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2000, pp. 198.

Sudre (Frédéric), « Conclusions », *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, [Actes de colloque des 8 et 9 octobre 2015], L. Burgorgue-Larsen, J. Andriantsimbazovina (dir.), Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2016, pp. 245.

Sueur (Jean-Jacques), « Imprécision des droits de l'Homme : quelle imprécision ? », dans *Précisions et droits de l'Homme* V. Champeil-Desplats (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 25-40.

## T

Ténékidès (Georges), « La Cité d'Athènes et les droits de l'homme », dans *Protecting Human Rights : the European Dimension. Studies in honor of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymans Verlag, 1988, pp. 605-638.

Terré (François), « Philosophie du droit : un progrès du droit ? », *JCPG* (hors-série), 1<sup>er</sup> juin 2010.

Théron (Jean-Pierre), « Dignité et libertés : propos sur une jurisprudence contestable », dans *Pouvoirs et libertés. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 295-306.

Thomas (Yan), « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 1998/5, n° 102, pp. 17-36.

Tiercelin (Claudine), « Du vague des objets à l'objectivité du vague, et retour », *Klēsis*, 45/2020, 31 p.

Torres (Ricardo Lobo), « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, 1989, pp. 29-49.

Touzé (Sébastien), « Intérêt de la victime et ordre public européen », dans *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?* [Actes du colloque du 12 décembre 2014] J. Arlettaz et J. Bonnet (dir.), Paris, Pedone, 2015.

Touzeil-Divina (Mathieu), Bouteille-Brigant (Magali), « Le droit du défunt », *Communications*, 2015/2, n° 97, pp. 29-43.

Tricot (Daniel), « Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité) », *RTD com.*, 1994, pp. 617.

Trigeaud (Laurent), « Le droit international et régional des droits de l'homme face à l'argument souverainiste : réagencer les mécanismes de protection ? », dans *Refonder les droits de l'Homme. Des critiques aux pratiques* E. Dubout et S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2019, pp. 279-292.

Troianiello (Antonino), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le débat*, 2003/2, n° 124, pp. 58-72.

Troper (Michel), « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histories, Sciences sociales* (vol. 54), nov.-déc. 1999, n° 6, pp. 1239-1255.

Tullio (Loredana), « La valeur de la théorie de "l'abus de droit" », *Revue juridique de l'Ouest*, 2015/4, pp. 7-49.

Tusseau (Guillaume), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, pp. 641.

## V

Van Der Plancke (Véronique), Van Leuven (Nathalie), « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper* [en ligne], 2007/03.

Van Drooghenbroeck (Sébastien), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, H. Dumont et a. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139-197.

Van Drooghenbroeck (Sébastien), « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », *RTD*, 2001, n° 46 (spéc.), pp. 541-546.

Van Drooghenbroeck (Sébastien), « L'horizontalisation des droits de l'homme », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 355-390.

Van Gerven (Walter), « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, pp. 305.

Vedel (Georges), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G*, 1950, I, pp. 851.

Verdussen (Marc), Depré (Sébastien), Bombois (Thomas), « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé », dans *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme ?* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261-292.

Verpeaux (Michel), « La liberté », *AJDA*, 1998, n° spéc., pp. 144.

Vesterdorf (Bo), « Considérations sur la notion de “concurrence par les mérites” », dans *La modernisation du droit de la concurrence* G. Canivet (dir.), Paris, LGDJ, 2006, pp. 163.

Viangalli (François), « Sens et fonction des droits de l'homme au sein de la démocratie moderne : de Michel Villey à H.L.A. Hart », *Klēsis*, 29/2014, pp. 23-32.

Viennot (Camille), « Les croyances, symboles et rites religieux en droit de la presse : réflexions autour de l'absence d'incrimination de blasphème en droit français », *Archives de politique criminelle*, 2014/1, n° 36, pp. 53-78.

Villey (Michel), « Les origines de la notion de droit subjectif », *Archives de philosophie du droit*, t. II, 1953-1954, pp. 163-187.

Villey (Michel), « Compte rendu : L'essence du politique de Julien Freund », *Archives de philosophie du droit*, t. XIV, 1969, pp. 346.

Villey (Michel), « Préface », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, publié avec le concours du CNRS, 1972, pp. 3-7.

Villey (Michel), « Signification philosophique du droit romain », *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, pp. 381-392.

Voßkuhle (Andreas), « Der europäische Verfassungsgerichtsverbund », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 29, 2010, pp. 1-8.

Voßkuhle (Andreas), « La Loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *NCCC* (vol. 59), 2018, n° 2, pp. 57-67.

Vogliotti (Massimo), « Le “tournant contextuel” dans la science juridique », *RIEJ*, 2013, n° 70, pp. 194-203.

Voyame (Joseph), Cottier (Bertil), Rocha (Bolivar), « L'abus de droit en droit comparé », dans *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 nov. 1989, pp. 23.

## W

Wachsmann (Patrick), « La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme », dans *La Convention européenne des droits de l'homme. Développements récents et nouveaux défis* [Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des Hautes études européennes à Strasbourg à la mémoire de M.-A. Eissen], Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 107.

Wachsmann (Patrick), « L'importation de la notion de "droits fondamentaux" en France », *RUDH.*, 2004, pp. 40.

Walton (Frederick Parker), « Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law », *Harvard Law Review* (vol. 22), mai 1909, n° 7, pp. 501-519.

Weinrib (Ernest J.), « Legal Formalism : On the immanent rationality of Law », *Yale Law Journal* (vol. 97), 1988, pp. 949-1016.

Wenar (Leif), « The Nature of Rights », *Philosophy and Public Affairs* (vol. 33), 2005, n° 3, pp. 223-252.

Wester-Ouisee (Véronique), « Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 2007, n° 3, pp. 1219.

Wiesel (Elie), « A Tribute to Human Rights » in Y. Danieli et al (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights : Fifty Years and Beyond*, Amityville, Baywood, 1999, Chapter Voices : 3 p.

Wroblewski (Jerzy), « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », dans *L'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, t. XVII, publié avec le concours du CNRS, 1972, pp. 51-70.

### III. Ouvrages collectifs, mélanges

#### A, B

Ambroise (Bruno) et Laugier (Sandra) (dir.), *Philosophie du langage (vol. 2, sens, usage et contexte)*, Paris, Vrin, 2011, 384 p.

Arrow (Kenneth J.), Sen (Amartya K.), Suzumura (Kotaro) (éd.), *Handbook of Social Choice and Welfare*, Vol. 1, North-Holland, 2002, 680 p.

Batut (Anne-Marie) (dir.), *Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, Cour de cassation [en ligne], juin 2020.

Bentham (Jeremy), *Garanties contre l'abus de pouvoir*, trad. M.-L. Leroy, Éditions Rue d'Ulm, 2001, 288 p.

Binoche (Bertrand), Cléro (Jean-Pierre) (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, 274 p.

Bioy (Xavier) (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole/LGDJ, 2013, 334 p.

Blanchard (Pascal), Bancel (Nicolas), Lemaire (Sandrine) (dir.), *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, Paris, La découverte Poche, 2006, 322 p.

Bribosia (Emmanuelle), Hennebel (Ludovic) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 404 p.

Burgorgue Larsen (Laurence) (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, 246 p.

#### C, D

Champeil-Desplats (Véronique) (dir.), *Pédagogie et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, 267 p.

Delmas-Marty (Mireille), Lucas De Leyssac (Claude) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 2<sup>e</sup> éd., 2002, 473 p.

Doat (Mathieu), Le Goff (Jacques), Pedrot (Philippe) (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presse universitaire de Rennes, 2007, 254 p.

Dubout (Édouard), Touzé (Sébastien) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.

Dupré de Boulois (Xavier) (dir.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2021, 943 p.

## F, G

Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Pena (Annabelle), Roux (André), Soffoni (Guy), Duffy (Aurélie), Fassassi (Idris), Le Bot (Olivier), Pech (Laurent), *Droit des libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2021, 720 p.

Frydman (Benoît), Meyer (Michel) (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris PUF, 2012, 296 p.

Gérard (Philippe), Ost (François), Van de Kerchove (Michel) (dir.), *Droit et intérêt (Entre droit et non-droit : l'intérêt)* vol. 2, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1990, 201 p.

## H

Habermas (Jürgen), *Parcours 1 (1971-1989). Sociologie et théorie du langage. Pensée postmétaphysique*, trad. C. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 2018, 576 p.

Habermas (Jürgen), *Parcours 2 (1990-2017). Théorie de la rationalité. Théorie du langage*, trad. C. Bouchindhomme, F. Joly, V. Pratt, Paris, Gallimard, 2018, 656 p.

Halpérin (Jean-Louis), Hennette-Vauchez (Stéphanie), Millard (Éric) (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017, 268 p.

Hennette-Vauchez (Stéphanie), Sorel (Jean-Marc) (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 300 p.

Hersch (Jeanne) (dir.), *Le droit d'être un homme : recueil de textes*, Paris, UNESCO [en ligne], 1969, 388 p.

Hochmann (Thomas), Kasparian (Patrick) (dir.), *L'extension du délit de négationnisme*, Institut Universitaire Varenne, 2019, 150 p.

## J, L

Jagland (Thorbjørn), *Rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pour la session ministérielle d'Helsinki : Relever les défis à venir – Renforcer le Conseil de l'Europe* [en ligne], avril 2019.

Le Tourneau (Philippe) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014/2015, 2264 p.

Le Tourneau (Philippe) (dir.), *Dalloz référence Contrats du numérique ; informatiques et électroniques*, 11<sup>e</sup> éd., 2021/2022, 802 p.

Long (Marceau), Weil (Prosper), Braibant (Guy), Delvolvé (Pierre), Genevois (Bruno), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23<sup>e</sup> éd., 2021, 1082 p.

## M, P

Marmor (Andrei), Soames (Scott) (dir.), *Philosophical Foundations of language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 288 p.

Mouton (Stéphane), Carpentier (Mathieu) (dir.), *Projet « QPC 2020 ». L'effet utile des décisions QPC*, Rapport janvier 2020, UT1 capitole.

Peirce (Charles Sanders), *Pragmatisme et pragmaticisme. Œuvres I C*. Tiercelin et P. Thibault (dir.), Les éditions du Cerf, 2002, 496 p.

Pichonnaz (Pascal), Foëx (Bénédict), *Commentaire Romand du Code civil I*, Bâle, Schulthess, 2010, 2183 p.

## R, S

Rousseau (Dominique) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1995, 165 p.

Rousseau (Dominique), Viala (Alexandre), Bolle (Stéphane), Arlettaz (Jordane), Delpierre (Nicolas), Favre (Jérôme), Louis (Carole), Mamia (Hector), Truffier (Jean-Pierre), *Désordres et reconstructions du droit sous l'effet des principes fondamentaux dégagés par les Cours suprêmes nationales et européennes* [rapport de recherche], Mission Droit & Justice, Paris, 2004.

Saint-Lot (Émile), *Rapport de la Troisième Commission à propos du Projet de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, cent-quatre-vingtième séance plénière (A/777), Paris, 7 décembre 1948, 10 p.

Spector (Horacio), Bix (Brian), *Rights : Concepts and Contexts*, The International Library of Essays on Rights, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2012, 589 p.

## W

Wildmer (Pierre), Cottier (Bertil) (dir.), *Abus de droit et bonne foi* [actes d'un séminaire de 3<sup>e</sup> cycle de droit organisé par la Conférence universitaire romande] (sept. 1992), Fribourg, Ed. Universitaires, 1994, 351 p.

Worms (Frédéric), *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie (1789-1914)*, Paris, CNRS Éditions, 2009, 444 p.

#### **IV. Cours et conférences au *Collège de France* (Fichiers audio disponibles sur [www.college-de-france.fr](http://www.college-de-france.fr)).**

##### **B**

Berlioz (Sophie), « La réalité des entités sociales » (Les articulations du réel), *Séminaire au Collège de France*, 30 mars 2021.

Besson (Samantha), « Diligence et négligence en droit international », *Cours au Collège de France*, 2020-2021.

Boucheron (Patrick), « Ce que peut l'histoire », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 17 décembre 2015.

Bouveresse (Jacques), « Philosophie du langage et de la connaissance », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 6 octobre 1995.

Bouveresse (Jacques), « Qu'est-ce qu'un système philosophique ? », *Cours au Collège de France*, 2006-2007.

Bouveresse (Jacques), « Qu'est-ce qu'un système philosophique ? (Suite et fin) », *Cours au Collège de France*, 2007-2008.

##### **D, M**

Dokic (Jérôme), « Cognition située et connaissance pratique », *Séminaire au Collège de France* (La connaissance pratique), 11 mars 2015.

Mantovani (Dario), « Droit, culture et société de la Rome antique », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 17 janvier 2019.

Mantovani (Dario), « L'équité. Histoire romaine du désir de justice », *Cours au Collège de France*, 2019-2021.

##### **R, S**

Recanati (François), « Philosophie du langage et de l'esprit », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 12 décembre 2019.

Rosanvallon (Pierre), « Histoire moderne et contemporaine du politique », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 28 mars 2002.

Rosanvallon (Pierre), « La démocratie au risque de la démagogie : histoire et actualité d'un problème », *Séminaire au Collège de France* (Connaissance, vérité et démocratie), 29 mars 2017.

Stoichita (Victor), « Textes, textures, images », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 25 janvier 2018.

Suppiot (Alain), « Figures juridiques de la démocratie économique », *Cours au collège de France*, 2016-2017.



Suppilot (Alain), « Figures juridiques de la démocratie économique (suite) », *Cours au collège de France*, 2017-2018.

## T, V

Tiercelin (Claudine), « La connaissance métaphysique », *Leçon inaugurale au Collège de France*, 5 mai 2011.

Tiercelin (Claudine), « La valeur de la connaissance », *Cours au Collège de France*, 2010-2011.

Tiercelin (Claudine), « Le pragmatisme : une réévaluation », *Séminaire au Collège de France*, 30 janvier 2013.

Tiercelin (Claudine), « La connaissance pratique », *Cours au Collège de France*, 2014-2015.

Tiercelin (Claudine), « Les vertus épistémiques », *Cours au Collège de France*, 2015-2016.

Tiercelin (Claudine), « Connaissance, vérité et démocratie », *Cours au Collège de France*, 2016-2017.

Tiercelin (Claudine), « Sémiotique et ontologie : repères historiques et perspectives contemporaines », *Cours au Collège de France*, 2018-2020.

Tiercelin (Claudine), « Sémiotique et ontologie (suite et fin) », *Cours au Collège de France*, 2020-2021.

Tuzet (Giovanni), « Pragmatisme et normativité », *Séminaire au Collège de France* (Le pragmatisme : une réévaluation), 6 février 2013.

Virvidakis (Stélios), « Sur la relation entre vertus épistémiques et vertus éthiques » (Les vertus épistémiques), *Séminaire au Collège de France* [en ligne], 9 mars 2016

## V. Discours, conférences, tribunes, séminaires, rapports, articles de presse, communiqués

### A, B

*Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*, « Esclavage domestique : servitude, personnes au pair et épouses achetées par correspondance » (*Recommandation 1663 – 2004*) [en ligne], 22 juin 2004.

Bernard (Philippe), « Sous la pression de l'extrême droite, l'idée que l'État de droit est un carcan plutôt qu'une protection progresse », *Le Monde*, 13 juin 2021.

### C

Canivet (Guy), « Allocution d'ouverture de la 8<sup>e</sup> Conférence des présidents des cours suprêmes du Conseil de l'Europe », *Cour de cassation* [en ligne], Paris, 26 octobre 2006.

Cayla (Olivier), « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 30 janvier 2003.

*Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation*, « Mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Cour de cassation* [en ligne], décembre 2018.

*Conférence internationale du travail*, « Le coût de la coercition » (Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail) [en ligne], Genève, 98<sup>e</sup> session, 2009, 100 p.

*Conseil d'État*, « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral » (Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État), *Conseil d'État* [en ligne], 25 mars 2010.

*Conseil de l'Europe*, « Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme » [en ligne], Strasbourg, Rec., I., 5 mars 1975.

*Conseil de l'Europe*, « Travaux préparatoires à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention » CDH(67) [en ligne], Strasbourg, 7-28 août 1950.

Constant (Benjamin), « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », *Discours prononcé à l'Athénée royal*, Paris, 1819.

*Cour de cassation*, « Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation » [en ligne], avril 2017.

*Cour EDH*, « La Convention, un instrument vivant qui a 70 ans » (Séminaire judiciaire) [en ligne], 2020.

## D, F

Delmas-Marty (Mireille), « Nous basculons vers un droit pénal de la sécurité », *Le Monde*, 23 octobre 2020.

Dutheillet De Lamothe (Olivier), « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel » (visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel), *Conseil constitutionnel.fr* [en ligne], 13 février 2009.

Dwivedi (Divya), Mohan (Shaj), « En Inde, les troubles s'expliquent en partie par la Constitution du pays » (Tribune), *Le Monde*, 24 janvier 2020.

Fenoglio (Jérôme), « Éditorial : "Projet Pegasus" quand la dérive devient la norme », *Le Monde*, 19 juillet 2021.

## I, L

*Institut Maurice Hauriou*, « Chronique AAI et protection des libertés », *LPA*, n<sup>os</sup> 1-...

Lafourcade (Magali), « Il faut instaurer un droit à la police », *Le Monde*, 6 juillet 2020.

Louvel (Bertrand), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » (*Entretien*), *JCP G*, oct. 2015, n<sup>o</sup> 43, p. 1908.

Louvel (Bertrand), « Réflexions à la Cour de cassation : contribution à la refondation de la Justice », *Cour de cassation* [en ligne], 24 novembre 2015.

## M, O

Mijatović (Dunja), « Vivre dans un environnement sain, un droit négligé qui nous concerne tous », *Le carnet des Droits de l'Homme* [en ligne], 4 juin 2019.

*Ministère du Travail*, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées. (Version employeurs) » [en ligne], février 2018.

Mongin (Olivier), Schlegel (Jean-Louis), « Les défenseurs de la caricature à tous les vents sont aveugles sur les conséquences de la mondialisation », *Le Monde*, 3 novembre 2020.

*Observatoire de la laïcité*, *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, « Projet de loi de modernisation du droit du travail. Une disposition remet en cause le principe de laïcité » (Communiqué de Presse), 19 juillet 2016.

## P, R

Paris (Gilles), « Les derniers saccages de Donald Trump », *Le Monde*, 7 janvier 2021.

Pietralunga (Cédric), « Environnement : Emmanuel Macron propose deux référendums », *Le Monde*, 29 juin 2020.

Raiman (Paola), « Salut à la France », *Cahier du cinéma*, n° 753, mars 2019, pp. 8.

Rébérioux (Madeleine), « Contre la loi Gayssot », *Le Monde*, 21 mai 1994.

Rousseau (Dominique), « Le patrimoine constitutionnel européen » (European Commission for democracy through Law), Montpellier, *Science et technique de la démocratie*, 1996, n° 18, pp. 8-23.

## S, T, W

Sauvé (Jean-Marc), « Y a-t-il trop de droits fondamentaux ? (Conférence prononcée lors de la Rentrée solennelle de la Faculté de droit de Montpellier), *Conseil d'État* [en ligne], 18 septembre 2012.

Sauvé (Jean-Marc), « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés » (Intervention à l'Institut Portalis) [en ligne], mars 2017.

Sicilianos (Linos-Alexandre), « Interview », *Le Monde*, 31 mai 2019.

Stirn (Bernard), « Niveaux de protection des droits fondamentaux » (Intervention à la Cour de justice de l'Union européenne), *Conseil d'État* [en ligne], Luxembourg, 5 décembre 2016.

Tocqueville (Alexis de), *Discours sur le droit au travail prononcé à l'Assemblée Constituante* (1848).

Wieder (Thomas), « L'extrême droite sous haute surveillance en Allemagne », *Le Monde*, 4 mars 2020.



# Index de jurisprudence

*Les numéros renvoient aux paragraphes*

## Plan de l'index de jurisprudence :

- I. Conseil constitutionnel
- II. Cour de cassation
- III. Conseil d'État
- IV. Cour européenne des droits de l'homme
- V. Cour de justice de l'Union européenne
- VI. Cour interaméricaine des droits de l'homme
- VII. Juridictions des ordres judiciaire et administratif
- VIII. Autres juridictions...

### **I. Conseil constitutionnel**

CC, 15 janvier 1975, n° 74-54 DC	112
CC, 12 juillet 1979, n° 79-107 DC	254
CC, 22 juillet 1980, n° 80-117 DC	249
CC, 14 janvier 1983, n° 82-153 DC	317
CC, 20 janvier 1984, n° 83-165 DC	108
CC, 11 octobre 1984, n° 84-181 DC	108, 161, 561
CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC	119, 561
CC, 23 janvier 1987, n° 86-225 DC	213
CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC	119
CC, 29 juillet 1989, n° 89-257 DC	317
CC, 22 janvier 1990, n° 89-269 DC	66
CC, 8 janvier 1991, n° 90-283 DC	231

CC, 9 mai 1991, n° 91-290 DC	317
CC, 29 juillet 1991, n° 91-296 DC	66
CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC	108, 119
CC, 13 janvier 1994, n° 93-322 DC	119
CC, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC	119, 255
CC, 19 janvier 1995, n° 94-359 DC	254
CC, 30 décembre 1995, n° 95-370 DC	315
CC, 15 juin 1999, n° 99-412 DC	317
CC, 23 juillet 1999, n° 99-416 DC	119
CC, 21 décembre 1999, n° 99-422 DC	119
CC, 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC	66
CC, 13 mars 2003, n° 2003-467 DC	391
CC, 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC	119
CC, 1 juillet 2004, n° 2004-497 DC	561
CC, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC	227
CC, 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC	323
CC, 13 octobre 2005, n° 2005-524/525 DC	123
CC, 16 mars 2006, n° 2006-533 DC	146
CC, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC	371
CC, 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC	323, 563
CC, 3 mars 2009, n° 2009-577 DC	561

CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC	158
CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC	119
CC, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC	317
CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC	561
CC, 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC	102
CC, 24 juin 2010, n° 2010-608 DC	317
CC, 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC	388
CC, 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC	315
CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC	158
CC, 30 septembre 2011, n° 2011-169 QPC	102
CC, 28 février 2012, n° 2012-647 DC	159
CC, 21 février 2013, n° 2012-297 QPC	102
CC, 4 avril 2013, n° 2013-314 QPC	122
CC, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC	254
CC, 1 <sup>er</sup> août 2013, n° 2013-674 DC	112
CC, 11 octobre 2013, n° 2013-346 QPC	227
CC, 29 décembre 2013, n° 2013-685	148
CC, 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC	231
CC, 24 avril 2015, n° 2015-465 QPC	317
CC, 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC	118, 128, 255
CC, 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC	159, 371



CC, 10 février 2017, n° 2016-611 QPC	159
CC, 16 mars 2017, n° 2017-747 DC	159
CC, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC	106
CC, 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC	227, 567
CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC	251
CC, 16 février 2018, n° 2017-691 QPC	110
CC, 6 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC	255
CC, 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC	110
CC, 20 décembre 2018, n° 2018-773 DC	312
CC, 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC	274
CC, 31 janvier 2020, n° 2019-823 QPC	255
CC, 3 avril 2020, n° 2020-834 QPC	149
CC, 11 mai 2020, n° 2020-800 DC	349
CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC	150, 159, 371, 407
CC, 7 août 2020, n° 2020-805 DC	110
CC, 2 octobre 2020, n° 2020-858/859 QPC	123
CC, 9 avril 2021, n° 2021-896 QPC	369
CC, 13 août 2021, n° 2021-823 DC	350

## II. Cour de cassation

Cass. 19 fév. 1879, D. 79. I. 445	144
Cass., 11 juin 1890, D. 91. I. 193	144
Cass., 22 juin 1892 ( <i>Joost et syndicat de Jallieu</i> ), D. 1892. 1. 449	144, 145
Cass., 3 juillet 1895, D. 1895. 1. 511	144
Cass., 9 juin 1896, S. 1897. 1. 25	144
Cass., 29 juin 1897, D. 1897. 1. 537	144
Cass., 16 jan. 1899, D. 1899. 1. 135	144
Cass. Civ. 1, req., 3 août 1915 ( <i>Coquerel c/ Clément-Bayard</i> ), n° 00-02.378	10, 144, 283
Cass., 23 mars 1927, D. 1928. 1. 73	188
Cass. Civ., 20 mars 1929, D. H. 1929, 266	144
Cass. Soc., 27 jan. 1956 ( <i>Blanc c/SNCF</i> ), D. 1956, p. 481	222
Cass. Com., 6 février 1957, Bull. civ. III, n° 48	194
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 20 janvier 1958, D. 1958	194
Cass., 18 avril 1961, n° 59-11.394	194
Cass. Civ., 16 juillet 1964, D. 1965. 106	145
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 3 janvier 1969, n° 67-13.391	188
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 22 janvier 1974, D. 1974. IR 123	145
Cass. Soc., 17 décembre 1975, Bull. 1975, V, n° 615, p. 517.	192
Cass. Com., 12 janvier 1976, <i>Rev. sociétés</i> , 1976, p. 330	194
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 9 novembre 1976, n° 75-12.777	188

Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 17 janvier 1978, n° 76-12.896	178
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 20 mars 1978, n° 76-12.598	188
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 17 juin 1980, D. 1981. IR232	144
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 17 mai 1983, <i>Rev. crit. DIP</i> , 1985, p. 346	185
Cass. Crim., 21 juillet 1987, n° 85-15044	360
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 15 juin 1988, n° 86-15.476	145
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 22 février 1989, n° 87-17.497	106
Cass. Civ., 7 mars 1989, <i>Gaz. Pal.</i> 8 mars 1990, p. 131	192
Cass. Soc., 6 juin 1989, <i>Bull. civ. V</i> , n° 425	145
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 13 décembre 1989, n° 88-15.655	565
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 7 juin 1990, n° 88-16.277	152
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 24 octobre 1990, n° 88-19.383	188
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 29 octobre 1990, n° 88-19366	286
Cass. Soc., 30 janvier 1991, n° 89-17.332	145, 178
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 19 mars 1991, n° 89-19960	155, 187
Cass. Ass., 31 mai 1991, n° 90-20.105	192, 565
Cass. Com., 14 janvier 1992, n° 90-13.055	178
Cass. Soc., 2 juin 1992, n° 89-40.565	145
Cass. Crim., 16 juillet 1992, n° 91-86156	163
Cass. Com., 5 juillet 1994, n° 92-20.064	106
Cass. Soc., 18 janvier 1995, n° 91-10.476	178, 323

Cass. Soc., 7 juin 1995, n° 93-46448	323
Cass. Com., 30 janvier 1996, n° 94-15.725	182
Cass. Soc., 17 juillet 1996, n° 94.42.964	323
Cass. Soc., 12 novembre 1996, n° 94-43.859	344
Cass. Soc., 13 novembre 1996, n° 93-42.247	323
Cass. Com., 3 juin 1997, n° 95-12.402	178
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 12 novembre 1997, n° 96-10.603	188
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 25 mars 1998, n° 96-17.307	145
Cass. Crim., 28 avril 1998, n° 95-85958	162
Cass. Crim., 7 septembre 1999, n° 98-85.177	163
Cass. Soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995	323
Cass. Soc., 11 janvier 2000, Bull., V, n° 16	323
Cass. Soc., 26 janvier 2000, <i>RJS</i> 2000, n° 259	344
Cass. Ass., 12 juillet 2000, n <sup>os</sup> 98-10.160 et 98-11.155	146, 159, 178
Cass. Ass., 17 novembre 2000, n° 99-13.701	564
Cass. Com., 6 juin 2001, <i>JCP</i> 2001. II. 10587	179
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 8 mars 2001, n° 98-17574	159
Cass. Ass., 24 janvier 2003, n° 01-41.757	119
Cass. Crim., 4 mars 2003, n° 02-82194	323
Cass. Com., 1 juillet 2003, n° 99-19.328	194
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 22 octobre 2003, n° 02-14702	102

Cass. Soc., 9 mars 2004, n° 02-30.294	323
Cass. Soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269	323
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 2 février 2005, n <sup>os</sup> 03-15.409, 03-15.482, 03-15.409	222
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 13 juillet 2005, n° 02-15.904	106
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 20 septembre 2005, bull. II, n° 224, p. 199	230
Cass. Crim., 14 février 2006, n° 05-81932	163
Cass. Soc., 7 juin 2006, n° 04-43.855	323
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 8 juin 2006, n° 05-14.774	108
Cass. Ass., 23 juin 2006, n° 04-40.289	145
Cass. Ass., 16 février 2007, n° 06-81.785	163
Cass. Soc., 16 mai 2007, n° 05-46.455	323
Cass. Crim., 30 mai 2007, n° 06-84328	163
Cass. Soc., 16 décembre 2008, n° 05-40.876	118
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 17 décembre 2008, n° 07-20.468	565
Cass. Com., 31 mars 2009, n° 08-11.860	194
Cass. Crim., 12 mai 2009, n° 08-85.732	181
Cass. Soc., 8 juillet 2009, n <sup>os</sup> 09-60.011 et a.	323
Cass. Soc., 15 décembre 2009, n° 08-43.603	323
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 3 mars 2010, n° 08-19.108	145
Cass. Crim., 26 mai 2010, n° 09-87.083	181
Cass. Soc., 23 juin 2010, n° 09-40.825	323

Cass. Crim., 15 mars 2011, n° 10-82809	163
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 6 avril. 2011, n°s 09-66.486 et a.	153, 565
Cass. Ass., 15 avril 2011, n° 10-17.049	153
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 28 avril 2011, n° 08-13.760	188
Cass. Com., 10 mai 2011, n° 10-16.323	194
Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 10-85.641	190
Cass. Com., 4 octobre 2011, n° 10-23.398	194
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 26 octobre 2011, n° 09-71.369	565
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 22 mars 2012, n° 10-20.749	179
Cass. Crim., 16 octobre 2012, n° 11-82.866	340, 501
Cass. Soc., 6 février 2013, n°s 11-11.740 et a.	110
Cass. Com., 12 février 2013, n° 12-13.603	195
Cass. Crim., 16 avril 2013, n° 13-90.010	360
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 13 septembre 2013, n° 12-18.315	186, 565
Cass. Soc., 24 septembre 2013, n° 12-14.131	344
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 30 octobre 2013, n°s 12-22169 et 12-23546	152
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 27 novembre 2013, n° 12-24.651	159
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 4 décembre 2013, n° 12-26066	305
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 22 janvier 2014, n° 12-35.264	159
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 19 mars 2014, n° 13-50.005	565
Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369	104

Cass. Soc., 8 octobre 2014, n° 13-18.873	145
Cass. Soc., 6 mai 2015, n° 14-10.781	344
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 10 juin 2015, n° 14-20.790	305
Cass. Ass., 3 juillet 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002	565
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 30 septembre 2015, n° 14-16.273	275, 309
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 15 octobre 2015, n° 14-23.612	305
Cass. Crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.020	545
Cass. Crim., 15 décembre 2015, n° 14-83.481	181
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 17 décembre 2015, n° 14-22.095	305
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 11 février 2016, n° 15-21949	152
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 17 mars 2016, n° 15-14.072	130
Cass. Crim., 24 mai 2016, n° 15-82.516	130
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 10 novembre 2016, n° 15-21949	152
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 16 novembre 2016, n° 15-22.155	178
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 1 <sup>er</sup> décembre 2016, n° 15-26.559	178
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 15 décembre 2016, n° 16-40.240	152
Cass. Ass., 16 décembre 2016, n° 08-86.285	181, 561
Cass. Com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547	315
Cass. Crim., 7 février 2017, n° 15-86.970	178
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 5 juillet 2017, n° 16-16.455	565
Cass. Crim., 29 mars 2017, n° 16-80637	369

Cass. Soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.270 et 16-20. 277	110
Cass. Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855	343
Cass. Crim., 20 décembre 2017, n° 17-82.435	132
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 21 mars 2018, n° 16-28.741	275
Cass. Soc., 21 mars 2018, n° 16-20.516	344
Cass. Com., 9 janvier 2019, n° 17-18.350	182
Cass. Civ. 2 <sup>e</sup> , 17 janvier 2019, n° 17-27.207	145, 179
Cass. Soc., 13 février 2019, n° 17-15.928	323
Cass. Soc., 6 mars 2019, n° 18-12.449	178, 323
Cass. Soc., 3 avril 2019, n° 17-31.304	323
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 4 juillet 2019, n° 18-17.119	152
Cass. Ass., 4 octobre 2019, n° 10-19.053	106, 124, 186, 565
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 18 décembre 2019, n <sup>os</sup> 18-11.815 et 18-12. 327	106, 565
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 19 décembre 2019, n° 18-25.113	152
Cass. Civ. 3 <sup>e</sup> , 16 janvier 2020, n° 19-10.375	152
Cass. Soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.743	344
Cass. Soc., 10 février 2021, n° 19-14.021	315, 323
Cass. Soc., 14 avril 2021, n° 19-24.079	324
Cass. Crim., 26 mai 2021, n° 20-80.884	501



### III. Conseil d'État

CE, 17 décembre 1909 ( <i>Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris</i> ), Rec., p. 990	391
CE, 28 juin 1918, n° 63412	143
CE, 30 mai 1930 ( <i>Beaugé</i> ), Rec., p. 582	391
CE, 25 octobre 1946 ( <i>Sieurs Gronier et Gastu</i> ), n <sup>os</sup> 71985 et 71986	149
CE, 11 décembre 1946 ( <i>Dames Hubert et Crépelle</i> ), Rec., p. 300	391
CE, 4 février 1949 ( <i>Dame Veuve Moulis</i> ), n° 91208	391
CE, 17 février 1950 ( <i>Ministre de l'agriculture c/Dame Lamotte</i> ), n° 86949	100
CE, 7 juillet 1950 ( <i>Dehaene</i> ), n° 01645	149, 222, 323
CE, 18 décembre 1959 ( <i>Société « Les Films Lutetia »</i> ), Rec., p. 693	391
CE, 19 juin 1974 ( <i>Sieur Broutin</i> ), Rec., p. 346	391
CE, 3 février 1975, n° 94108	119
CE, 1 <sup>er</sup> février 1980, n° 06361	324
CE, 23 novembre 1984, n <sup>os</sup> 60106 et a.	68
CE, 5 juillet 1985, n° 21892	179, 315, 359
CE, 13 novembre 1992, n <sup>os</sup> 83177 et 83702	323
CE, 27 octobre 1995 ( <i>Commune de Morsang-sur-Orge</i> ), n° 136727	390
CE, 27 octobre 1995 ( <i>Ville d'Aix-en-Provence</i> ), n° 143578	391
CE, 5 décembre 1997, n° 140032	119
CE, 30 décembre 1998, n° 160683	190
CE, 12 janvier 2001, n° 229039	102

CE, 18 janvier 2001, n° 229247	112
CE, 26 novembre 2001, n° 222741	231
CE, 3 mai 2002, n° 245697	102
CE, 17 octobre 2003, n° 249183	119
CE, 9 décembre 2003, n° 262186	102
CE, 28 juillet 2004, n° 253927	217
CE, 8 septembre 2005, n° 284803	102
CE, 9 décembre 2005, n° 284803	118
CE, 24 avril 2006, n° 292742	149
CE, 27 septembre 2006, n° 260050	187, 359
CE, 8 février 2007, n° 287110	122
CE, 8 avril 2009, n° 311136	561
CE, 6 mai 2009, n° 312462	112
CE, 27 juillet 2009, n° 295358	148
CE, 7 septembre 2009, n° 305596	148
CE, 15 décembre 2010, n° 344729	102
CE, 4 mai 2011, n° 348778	565
CE, 30 octobre 2011, n° 238211	102
CE, 11 avril 2012, n° 322326	230
CE, 27 juillet 2012, n° 353596	181
CE, 20 septembre 2012, n° 362750	102

CE, 17 avril 2013, n° 344924	130
CE, 23 octobre 2013, n° 350077	190
CE, 9 janvier 2014 ( <i>Ministre de l'Intérieur c/Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala</i> ), n° 374508	118, 164, 392, 561
CE, 10 janvier 2014 ( <i>Soc. Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala</i> ), n° 374528	392
CE, 11 janvier 2014 ( <i>Les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala</i> ), n° 374553	164, 392
CE, 9 décembre 2014, n° 386029	106
CE, 12 décembre 2014, n° 365779	565
CE, 16 mars 2016, n° 374909	148
CE, 21 mars 2016, n° 368082	308
CE, 13 avril 2016, n° 386775	149
CE, 31 mai 2016 ( <i>Gonzalez-Gomez</i> ), n° 396848	249, 305, <b>531</b>
CE, 26 août 2016, n <sup>os</sup> 402742 et 402777	129, 344, 501
CE, 26 septembre 2016, n° 403578	344
CE, 13 novembre 2017, n° 415400	118
CE, 16 mai 2018, n° 296107	149
CE, 14 novembre 2018, n° 420055	146, <b>149</b>
CE, 8 février 2019, n° 407641	148
CE, 6 mai 2019, n° 419242	349
CE, 19 juillet 2019, n° 426389	308
CE, 12 février 2020, n° 418299	344
CE, 22 mars 2020, n° 439674	348

CE, 18 mai 2020, n <sup>os</sup> 440442 et 440445	102
CE, 12 juin 2020, n <sup>o</sup> 418142	308
CE, 10 juillet 2020, n <sup>o</sup> 428409	132
CE, 22 juillet 2020, n <sup>o</sup> 440149	349
CE, 1 <sup>er</sup> décembre 2020, n <sup>o</sup> 446808	106
CE, 19 mai 2021, n <sup>o</sup> 429476	178
CE, 10 juin 2021, n <sup>o</sup> 444849	561

#### IV. Cour européenne des droits de l'homme (et Commission)

Commission EDH, 20 juillet 1957, <i>Parti communiste (KPD) c/Allemagne</i> , n° 250/57	157, 333
Commission EDH, 19 décembre 1959, <i>Lawless c/Irlande</i> (rap.), n° 332/57	155, 266, 407
Cour EDH, 1 juillet 1961, <i>Lawless c/Irlande</i> (n° 3), n° 332/57	167, 223
Commission EDH, 13 décembre 1963, <i>X. c/Autriche</i> (déc.), n° 1747/62	338
Cour EDH, 23 juillet 1968, <i>Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique</i> , n°s 1474/62 et a.	124, 273, 311
Cour EDH, 21 février 1975, <i>Golder c/Royaume-Uni</i> , n° 4451/70	110, 111, 171, 222
Cour EDH, 8 juin 1976, <i>Engel et a. c/Pays bas</i> , n° 5100/71	166
Cour EDH, 7 décembre 1976, <i>Handyside c/Royaume-Uni</i> , n° 5493/72	118, 164, 270, 386, 501, 551
Cour EDH, 18 janvier 1978, <i>Irlande c/Royaume-Uni</i> , n° 5310/71	171, 378, 525
Cour EDH, 25 avril 1978, <i>Tyrer c/Royaume-Uni</i> , n° 5856/72	115, 124
Cour EDH, 6 septembre 1978, <i>Klass et a. c/Allemagne</i> , n°5029/71	342
Commission EDH, 5 mai 1979, <i>X. and Church of Scientology c/Sweden</i> , n° 7805/77	360
Cour EDH, 13 juin 1979, <i>Marckx c/Belgique</i> , n° 6833/74	111
Cour EDH, 9 octobre 1979, <i>Airey c/Irlande</i> , n° 6289/73	111, 274
Commission EDH, 11 octobre 1979, <i>Glimmerveen et a. c/Pays-Bas</i> , n°s 8348/78 et 8406/78	158, 167, 338, 368
Cour EDH, 13 août 1981, <i>Young, James et Webster c/Royaume-Uni</i> , n°s 7601/76 et a.	111, 256
Cour EDH, 22 octobre 1981, <i>Dudgeon c/Royaume-Uni</i> , n° 7525/76	111
Cour EDH, 25 février 1982, <i>Campbell et Cosans c/Royaume-Uni</i> , n°s 7511/76 et a.	171
Cour EDH, 23 septembre 1982, <i>Sporrong et Lönnroth c/Suède</i> , n°s 7151/75 et a.	166
Cour EDH, 10 février 1983, <i>Albert et Lecompte c/Belgique</i> , n°s 7299/75 et a.	112, 224

Cour EDH, 25 mars 1985, <i>Barthold c/Allemagne</i> , n° 8734/79	161
Cour EDH, 26 mars 1985, <i>X et Y c/Pays-Bas</i> , n° 8978/80	111, 511
Cour EDH, 2 mars 1987, <i>Mathieu-Mohin et Clerfayt c/Belgique</i> , n° 9267/81	563
Cour EDH, 19 mai 1988, <i>Kühnen c/Allemagne</i> , n° 12194/86	338
Cour EDH, 26 octobre 1988, <i>Norris c/Irlande</i> , n° 8225/78	111, 346
Commission EDH, 12 octobre 1989, <i>H. W., P. et K. c/Autriche</i> (déc.), n° 12774/87	338
Cour EDH, 27 septembre 1990, <i>Cossey c/Royaume-Uni</i> , n° 10843/84	251
Cour EDH, 25 mars 1992, <i>B c/France</i> , n° 13343/87	511
Cour EDH, 29 octobre 1992, <i>Open Door et a. c/Irlande</i> , n° 14234/88 et a.	346
Cour EDH, 25 mai 1993, <i>Kokkinakis c/Grèce</i> , n° 14307/88	387
Cour EDH, 22 février 1994, <i>Burghartz c/Suisse</i> , n° 16213/90	112
Commission EDH, 2 septembre 1994, <i>Ochensberger c/Autriche</i> (déc.), n° 21318/93	338
Cour EDH, 20 septembre 1994, <i>Otto-Preminger-Institut c/Autriche</i> , n° 13470/87	253
Cour EDH, 23 septembre 1994, <i>Jersild c/Danemark</i> , n° 15890/89	167, 170
Cour EDH, 9 décembre 1994, <i>Lopez Ostra c/Espagne</i> , n° 16798/90	111, 112, 127
Cour EDH, 31 janvier 1995, <i>Friedl c/Autriche</i> , n° 15225/89	511
Cour EDH, 23 mars 1995, <i>Loizidou c/Turquie</i> , n° 15318/89	112
Cour EDH, 26 septembre 1995, <i>Vogt c/Allemagne</i> , n° 17851/91	330
Cour EDH, 27 septembre 1995, <i>McCann et a. c/Royaume-Uni</i> , n° 18984/91	512
Cour EDH, 22 novembre 1995, <i>S.W. c/Royaume-Uni</i> , n° 20166/92	254, 384
Commission EDH, 24 juin 1996, <i>Pierre Marais c/France</i> , n° 31159/96	403

Cour EDH, 26 septembre 1996, <i>Manoussakis et a. c/Grèce</i> , n° 18748/91	385, 516
Commission EDH, 16 octobre 1996, <i>Wackenheim c/France</i> (déc.), n° 29961/96	392
Cour EDH, 24 octobre 1996, <i>Guillot c/France</i> , n°s 15773/89 et a.	112
Cour EDH, 25 février 1997, <i>Z c/Finlande</i> , n° 22009/93	511
Cour EDH, 22 avril 1997, <i>X, Y et Z c/Royaume-Uni</i> , n° 21830/93	251
Cour EDH, 30 janvier 1998, <i>Parti communiste unifié de Turquie et a. c/Turquie</i> , n° 19392/92	332, 333, 336, 372, 516, 561
Cour EDH, 19 février 1998, <i>Guerra et autres c/Italie</i> , n°s 116/1996 et 735/932	511
Cour EDH, 24 février 1998, <i>Botta c/Italie</i> , n° 21439/93	273
Cour EDH, 25 mai 1998, <i>Parti socialiste et a. c/Turquie</i> , n° 21237/93	336, 372
Cour EDH, 9 juin 1998, <i>L.C.B c/Royaume-Uni</i> , n° 14/1997/798/1001	512
Cour EDH, 10 juillet 1998, <i>Sidiropoulos et a. c/Grèce</i> , n° 57/1997	372
Cour EDH, 23 septembre 1998, <i>Lehideux et Isorni c/France</i> , n° 24662/94	170, 265, 339
Cour EDH, 28 octobre 1998, <i>Osman c/Royaume-Uni</i> , n° 23452/94	273, 512
Cour EDH, 23 février 1999, <i>Preda et a. c/Italie</i> (déc.), n°s 28160/95 et 28382/95	166
Cour EDH, 29 avril 1999, <i>Chassagnou et a. c/France</i> , n°s 25088/94 et a.	315
Cour EDH, 20 mai 1999, <i>Bladet Tromso et a. c/Norvège</i> , n° 21980/93	164
Cour EDH, 28 juillet 1999, <i>Selmouni c/France</i> , n° 25803/94	120
Cour EDH, 28 octobre 1999, <i>Zielinski, Pradal, Gonzales et a. c/France</i> , n°s 24846/94 et a.	119
Cour EDH, 8 décembre 1999, <i>Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c/Turquie</i> , n° 23885/94	336, 372
Cour EDH, 14 décembre 1999, <i>Serif c/Grèce</i> , n° 38178/97	516
Cour EDH, 14 janvier 2000, <i>Riera Blume et a. c/Espagne</i> , n° 37680/97	273

Cour EDH, 1 février 2000, <i>Schimanek c/Autriche</i> (déc.), n° 32307/96	338
Cour EDH, 29 février 2000, <i>Fuentes Bobo c/Espagne</i> , n° 39293/98	273
Cour EDH, 16 mars 2000, <i>Özgür Gündem c/Turquie</i> , n° 23144/93	161, 273
Cour EDH, 28 mars 2000, <i>Mamhut Kaya c/Turquie</i> , n° 22535/93	273
Cour EDH, 2 mai 2000, <i>Bergens Tidende et a. c/Norvège</i> , n° 26132/95	181
Cour EDH, 4 mai 2000, <i>Rotaru c/Roumanie</i> , n° 28341/95	511
Cour EDH, 27 juin 2000, <i>Ilhan c/Turquie</i> , n° 22277/93	111
Cour EDH, 5 octobre 2000, <i>Varbanov c/Bulgarie</i> , n° 31365/95	145, 372
Cour EDH, 26 octobre 2000, <i>Kudla c/Pologne</i> , n° 30210/96	100
Cour EDH, 26 octobre 2000, <i>Hassan et Tchaouch c/Bulgarie</i> , n° 30985/96	385
Cour EDH, 18 janvier 2001, <i>Chapman c/Royaume-Uni</i> , n° 27238/95	112, 253, 318
Cour EDH, 6 février 2001, <i>Bensaid c/Royaume-Uni</i> , n° 44599/98	112
Cour EDH, 22 mars 2001, <i>Streletz, Kessler et Krenz c/Allemagne</i> , n° 34044/96	349
Cour EDH, 12 avril 2001, <i>Kaptan c/Suisse</i> (déc.), n° 55641/00	170
Cour EDH, 6 mai 2001, <i>Bensaid c/Royaume-Uni</i> , n° 44599/98	511
Cour EDH, 2 octobre 2001, <i>Pichon et a. c/France</i> (déc.), n° 49853/99	385
Cour EDH, 30 octobre 2001, <i>Pannullo et Forte c/France</i> , n° 37794/97	112
Cour EDH, 26 février 2002, <i>Fretté c/France</i> , n° 36515/97	110
Cour EDH, 11 juillet 2002, <i>Goodwin c/Royaume-Uni</i> , n° 28957/95	111
Cour EDH, 29 juillet 2002, <i>Pretty c/Royaume-Uni</i> , n° 2346/02	124, 511, 512, 531, 532, 571, 572
Cour EDH, 13 février 2003, <i>Odièvre c/France</i> , 42326/98	112, 511



Cour EDH, 13 février 2003, <i>Refah Partisi (parti de la prospérité) et a. c/Turquie</i> , n <sup>os</sup> 41340/98 et a.	157, 170, 332, 334, 338
Cour EDH, 24 juin 2003, <i>Garaudy c/France</i> (déc.), n° 65831/01	163, 167, 261, 285, 338, 368
Cour EDH, 13 novembre 2003, <i>Novak c/République Tchèque</i> (déc.), n° 56525/00	273
Cour EDH, 25 novembre 2003, <i>R. L. c/Suisse</i> (déc.), n° 43874/98	170
Cour EDH, 16 décembre 2003, <i>Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c/Roumanie</i> (déc.), n° 46626/99	333
Cour EDH, 17 février 2004, <i>Maestri c/Italie</i> , n° 39748/98	111
Cour EDH, 9 mars 2004, <i>Glass c/Royaume-Uni</i> , n° 61827/00	511
Cour EDH, 18 mai 2004, <i>Řehák c/République tchèque</i> (déc.), n° 67208/01	145, 372
Cour EDH, 18 mai 2004, <i>Seurot c/France</i> (déc.), n° 57383/00	166
Cour EDH, 22 juin 2004, <i>Pini et a. c/Roumanie</i> , n <sup>os</sup> 78028/01 et a.	110
Cour EDH, 22 juin 2004, <i>Broniowski c/Pologne</i> , n° 31443/96	378
Cour EDH, 8 juillet 2004, <i>Vo c/France</i> , n° 53924/00	349
Cour EDH, 13 juillet 2004, <i>Pla et Puncernau c/Andorre</i> , n° 69498/01	117, 252, 285
Cour EDH, 27 juillet 2004, <i>Sidabras et Džiautas c/Lituanie</i> , n <sup>os</sup> 55480/00 et a.	118
Cour EDH, 2 septembre 2004, <i>W. P. et a. c/Pologne</i> (déc.), n° 42264/98	157, 158, 167, 311, 338
Cour EDH, 16 novembre 2004, <i>Norwood c/Royaume-Uni</i> (déc.), n° 23131/03	338
Cour EDH, 18 janvier 2005, <i>Popov c/Moldova</i> (n° 1), n° 74153/01	145
Cour EDH, 3 février 2005, <i>Partidul comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c/Roumanie</i> , n° 46626/99	336
Cour EDH, 17 février 2005, <i>K.A et A.D c/Belgique</i> , n <sup>os</sup> 42758/98 et 45558/99	319, 574
Cour EDH, 9 juin 2005, <i>Fadeïeva c/Russie</i> , n° 55723/00	111
Cour EDH, 30 juin 2005, <i>Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/Irlande</i> , n° 45036/98	122

Cour EDH, 26 juillet 2005, <i>Siliadin c/France</i> , n° 73316/01	111, 273, 320
Cour EDH, 19 octobre 2005, <i>Roche c/Royaume-Uni</i> , n° 32555/96	111
Cour EDH, 10 novembre 2005, <i>Leyla Şahin c/Turquie</i> , n° 44774/98	385, 516
Cour EDH, 13 décembre 2005, <i>Witzsch c/Allemagne</i> (n° 2, déc.), n° 7485/03	167, 338
Cour EDH, 31 janvier 2006, <i>Giniewski c/France</i> , n° 64016/00	<b>162</b>
Cour EDH, 16 mars 2006, <i>Ždanoka c/Lettonie</i> , n° 58278/00	157, 170, 261, 333
Cour EDH, 19 juin 2006, <i>Weber et Saravia c/Allemagne</i> , n° 54934/00	342
Cour EDH, 29 juin 2006, <i>Weber et Saravia c/Allemagne</i> (déc.), n° 54934/00	511
Cour EDH, 2 novembre 2006, <i>Giacomelli c/Italie</i> , n° 59909/00	563
Cour EDH, 14 janvier 2007, <i>Hachette Filipacchi associés c/France</i> , n° 71111/01	164
Cour EDH, 20 février 2007, <i>Pavel Ivanov c/Russie</i> (déc.), n° 35222/04	158, <b>167</b> , 261, 338
Cour EDH, 10 avril 2007, <i>Evans c/Royaume-Uni</i> , n° 6339/05	221, 364
Cour EDH, 3 mai 2007, <i>Ulusoy et a. c/Turquie</i> , n° 34797/03	166
Cour EDH, 7 juin 2007, <i>Dupuis et a. c/France</i> , n° 1914/02	567
Cour EDH, 24 septembre 2007, <i>Bączkowski et a. c/Pologne</i> , n° 154306	273
Cour EDH, 25 septembre 2007, <i>Hadrabová et a. c/République tchèque</i> (déc.), n° <sup>os</sup> 42165/02 et 466/03	372
Cour EDH, 8 novembre 2007, <i>Lelièvre c/Belgique</i> , n° 11287/03	104
Cour EDH, 10 décembre 2007, <i>Stoll c/Suisse</i> , n° 69698/01	501
Cour EDH, 22 janvier 2008, <i>EB c/France</i> , n° 43546/02	112
Cour EDH, 10 juillet 2008, <i>Soulas et a. c/France</i> , n° 15948/03	167, 169
Cour EDH, 2 octobre 2008, <i>Leroy c/France</i> , n° 36109/03	167, 312

Cour EDH, 8 octobre 2008, <i>Vajnai c/Hongrie</i> , n° 33629/06	501
Cour EDH, 12 novembre 2008, <i>Demir et Baykara c/Turquie</i> , n° 34503/97	124, 157
Cour EDH, 13 novembre 2008, <i>Shingara Mann Singh</i> , n° 24479/07	104
Cour EDH, 4 décembre 2008, <i>S. et Marper c/Royaume Uni</i> , n° <sup>os</sup> 30562/04 et a.	129, 511
Cour EDH, 8 janvier 2009, <i>Schlumpf c/Suisse</i> , n° 29002/06	112
Cour EDH, 15 janvier 2009, <i>Orban et a. c/France</i> , n° 20985/05	167
Cour EDH, 16 janvier 2009, <i>Renolde c/France</i> , n° 5608/05	270, 512
Cour EDH, 20 janvier 2009, <i>Güveç c/Turquie</i> , n° 70337/01	124
Cour EDH, 27 janvier 2009, <i>Tătar c/Roumanie</i> , n° 67021/01	563
Cour EDH, 10 février 2009, <i>Sergei Zolotoukhine c/Russie</i> , n° 14939/03	124
Cour EDH, 24 février 2009, <i>Abramiuc c/Roumanie</i> , n° 42716/02	112
Cour EDH, 30 mars 2009, <i>Ould Dah c/France</i> , n° 13113/03	124
Cour EDH, 9 avril 2009, <i>Silih c/Slovénie</i> , n° 71463/01	124
Cour EDH, 15 avril 2009, <i>Association de citoyens Radko et Paunkovski c/L'ex-République Yougoslave de Macédoine</i> , n° 74651/01	372
Cour EDH, 21 avril 2009, <i>Stephens c/Malte</i> , n° 11956/07	111
Cour EDH, 12 mai 2009, <i>Gasparini c/Italie</i> , n° 10750/03	122
Cour EDH, 9 juin 2009, <i>Opuz c/Turquie</i> , n° 33401/02	124
Cour EDH, 16 juillet 2009, <i>Féret c/Belgique</i> , n° 15615/07	169, 367, 369
Cour EDH, 18 septembre 2009, <i>Varvana c/Turquie</i> , n° 16064/90 et a.	124
Cour EDH, 6 novembre 2009, <i>Herri Batasuna et Batasuna c/Espagne</i> , n° <sup>os</sup> 25803/08 et 25817/04	333, 335, 337
Cour EDH, 24 novembre 2009, <i>JH et a. c/France</i> , n° 49637/09	122

Cour EDH, 15 décembre 2009, <i>Mirolubovs et a. c/Lettonie</i> , n° 798/05	145, 157, 372
Cour EDH, 15 décembre 2009, <i>E.S et a. c/Slovaquie</i> , n° 8227/04	511
Cour EDH, 7 janvier 2010, <i>Rantsev c/Chypre et Russie</i> , n° 25965/04	110, 318, 515
Cour EDH, 1 <sup>er</sup> avril 2010, <i>S.H et a. c/Autriche</i> , n° 57813/00	112
Cour EDH, 22 avril 2010, <i>Fatullayev c/Azerbaïdjan</i> , n° 40984/07	339
Cour EDH, 22 juin 2010, <i>Bingöl c/Turquie</i> , n° 36141/04	154, 167
Cour EDH, 28 juin 2010, <i>Gillan et Quinton c/Royaume-Uni</i> , n° 4158/05	511
Cour EDH, 7 octobre 2010, <i>Konstantin Markin c/Russie</i> , n° 30078/06	251
Cour EDH, 9 décembre 2010, <i>Savez crkava "Riječ Života" et a. c/Croatie</i> , n° 7798/08	387
Cour EDH, 14 décembre 2010, <i>Ternovszky c/Hongrie</i> , n° 67545/09	112
Cour EDH, 16 décembre 2010, <i>A, B et C c/Irlande</i> , n° 15579/05	511, 574
Cour EDH, 6 janvier 2011, <i>Paksas c/Lituanie</i> , n° 34932/04	363, 369
Cour EDH, 21 janvier 2011, <i>M.S.S c/Belgique et Grèce</i> , n° 30696/09	318
Cour EDH, 20 juin 2011, <i>Haas c/Suisse</i> , n° 31322/07	511, 512, 571
Cour EDH, 10 mai 2011, <i>Mosley c/Royaume-Uni</i> , n° 48009/08	275
Cour EDH, 7 juin 2011, <i>Gollnisch c/France (déc.)</i> , n° 48135/08	270
Cour EDH, 3 novembre 2011, <i>S.H. et a. c/Autriche</i> , n° 57813/00	511
Cour EDH, 15 novembre 2011, <i>Gecel c/France</i> , n° 63628/09	122
Cour EDH [GC], 7 février 2012, <i>Axel Springer AG c/Allemagne</i> , n° 39954/08	285, 511
Cour EDH, 22 mars 2012, <i>Konstantin Markin c/Russie</i> , n° 30078/06	130
Cour EDH, 7 juin 2012, <i>Centro Europa 7 S.R.L et a. c/Italie</i> , n° 38433/09	161

Cour EDH, 12 juin 2012, <i>Hizb ut-Tahrir et a. c/Allemagne</i> (déc.), n° 31098/08	158, 167, 261
Cour EDH, 24 juillet 2012, <i>Fáber c/Hongrie</i> , n° 40721/08	167, 170
Cour EDH, 24 juillet 2012, <i>Dordevic c/Croatie</i> , n° 41525/10	318
Cour EDH, 9 octobre 2012, <i>Alkaya c/Turquie</i> , n° 42811/06	511
Cour EDH, 23 octobre 2012, <i>Molnar c/Roumanie</i> (déc.), n° 16637/06	168, 338
Cour EDH, 30 octobre 2012, <i>P. et S. c/Pologne</i> , n° 57375/08	511
Cour EDH, 13 novembre 2012, <i>Anibal Vieira &amp; Filhos LDA et Maria Rosa Ferreira da Costa LDA c/Portugal</i> (déc.), n°s 980/12 et 28385/12	372
Cour EDH, 6 décembre 2012, <i>Michaud c/France</i> , n° 12323/11	111
Cour EDH, 13 décembre 2012, <i>El Masri c/L'ex-république yougoslave de Macédoine</i> , n° 39630/09	124
Cour EDH, 15 janvier 2013, <i>Eweida et autres c/Royaume-Uni</i> , n°s 48420 et a.	104
Cour EDH, 15 janvier 2013, <i>Csoma c/Roumanie</i> , n° 8759/05	112
Cour EDH, 11 février 2013, <i>Costa et Pavan c/Italie</i> , n° 54270/10	511
Cour EDH, 13 février 2013, <i>C.N c/Royaume-Uni</i> , n° 4239/08	320
Cour EDH, 5 mars 2013, <i>Varela Geis c/Espagne</i> , n° 61005/09	167, 223, 372
Cour EDH, 6 mars 2013, <i>Michaud c/France</i> , n° 12323/11	122
Cour EDH, 14 mars 2013, <i>Kasymakhunov et a. c/Russie</i> n°s 26261/05 et 26377/06	158, 167, 261, 338, 377
Cour EDH, 14 mai 2013, <i>Gross c/Suisse</i> , n° 67810/10	571
Cour EDH, 9 décembre 2013, <i>Vona c/Hongrie</i> , n° 35943/10	261, 285, 363
Cour EDH, 17 février 2014, <i>Von Hannover c/Allemagne</i> , n° 59320/00	275
Cour EDH, 8 avril 2014, <i>Magyar Keresztény Mennonita Egyház et a. c/Hongrie</i> , n°s 70945/11 et a.	111
Cour EDH, 12 juin 2014, <i>Fernández Martínez c/Espagne</i> , n° 56030/07	511

Cour EDH, 24 juin 2014, <i>A.K. c/Lettonie</i> , n° 33011/08	112
Cour EDH, 26 juin 2014, <i>Mennesson et Labassée</i> , n°s 65192/11 et 65941/11	186, <b>565</b>
Cour EDH, 1 <sup>er</sup> juillet 2014, <i>S.A.S c/France</i> , n° 43835/11	104, 372, <b>383</b>
Cour EDH, 17 juillet 2014, <i>Affaire centre des ressources juridiques c/Roumanie</i> , n° 47848/08	349
Cour EDH, 16 septembre 2014, <i>Hassan c/Royaume-Uni</i> , n° 29750/09	111
Cour EDH, 4 novembre 2014, <i>Tarakhel c/Suisse</i> , n° 29217/12	122
Cour EDH, 1 juin 2015, <i>Petropavlovskis c/Lettonie</i> , n° 44230/06	157, 346
Cour EDH, 16 juin 2015, <i>Delfi AS c/Estonie</i> , n° 64569/09	170, 261
Cour EDH, 16 juillet 2015, <i>Gazsó c/Hongrie</i> , n° 48322/12	113
Cour EDH, 27 août 2015, <i>Parrillo c/Italie</i> , n° 46470/11	251, 532
Cour EDH, 15 octobre 2015, <i>Perinçek c/Suisse</i> , n° 27510/08	157, 162, 164, 167, 169, 260, 339, <b>341</b>
Cour EDH, 20 octobre 2015, <i>M'Bala M'Bala c/France (déc.)</i> , n° 25239/13	167, 261, <b>263</b> , 339, 501
Cour EDH, 5 novembre 2015, <i>Henrioud c/France</i> , n° 21444/11	315
Cour EDH, 10 novembre 2015, <i>Couderc et Hachette Filipacchi associés c/France</i> , n° 40454/07	275, 501
Cour EDH, 12 janvier 2016, <i>Szabó et Vissy c/Hongrie</i> , n° 37138/14	342
Cour EDH, 2 février 2016, <i>Bîrsan c/Roumanie (déc.)</i> , n° 79917/13	155, 166
Cour EDH, 16 février 2016, <i>Akdas c/Turquie</i> , n° 41056/04	567
Cour EDH, 23 février 2016, <i>Mozer c/République de Moldova et Russie</i> , n° 11138/10	156, <b>166</b>
Cour EDH, 17 mars 2016, <i>Vasileva c/Bulgarie</i> , n° 23796/10	511
Cour EDH, 30 mars 2016, <i>Armani Da Silva c/Royaume-Uni</i> , n° 5878/08	512
Cour EDH, 23 mai 2016, <i>Avotiņš c/Lettonie</i> , n° 27853/09	122

Cour EDH, 21 juin 2016, <i>Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/Suisse</i> , n° 5809/08	122
Cour EDH, 23 juin 2016, <i>Baka c/Hongrie</i> , n° 20261/12	113
Cour EDH, 21 juillet 2016, <i>Foulon et Bouvet c/France</i> , n°s 9063/14 et 10410/14	565
Cour EDH, 15 septembre 2016, <i>Papavasylakis c/Grèce</i> , n° 66899/14	273
Cour EDH, 12 octobre 2016, <i>Reichman c/France</i> , n° 50147/11	181
Cour EDH, 8 novembre 2016, <i>Magyar Helsinki Bizottság c/Hongrie</i> , n° 18030/11	124
Cour EDH, 7 mars 2017, <i>Koch c. Pologne (déc.)</i> , n° 15005/11	145, 310, 368
Cour EDH, 30 mars 2017, <i>Chowdury c/Grèce</i> , n° 21884/15	112, 320
Cour EDH, 27 juin 2017, <i>Belkacem c/Belgique (déc.)</i> , n° 34367/14	167, 338
Cour EDH, 27 juin 2017, <i>Satakunnan Markkinapörssi oy et Satamedia oy c/Finlande</i> , n° 931/13	511
Cour EDH, 11 juillet 2017, <i>Belcacemi et Oussar c/Belgique</i> , n° 37798/13	285
Cour EDH, 12 octobre 2017, <i>Burmych et a. c/Ukraine</i> , n° 46852/13	113
Cour EDH, 5 septembre 2017, <i>Bărbulescu c/Roumanie</i> , n° 61496/08	273, 323
Cour EDH, 28 novembre 2017, <i>Antovic et Mirkovic c/Montenegro</i> , n° 70838/13	112
Cour EDH, 16 janvier 2018, <i>Charron et a. c/France</i> , n° 22612/15	119
Cour EDH, 22 février 2018, <i>Libert c/France</i> , n° 588/13	200, 270, 323
Cour EDH, 13 mars 2018, <i>Nix c/Allemagne (déc.)</i> , n° 35285/16	501
Cour EDH, 17 avril 2018, <i>Roj TV A/S c/Danemark (déc.)</i> , n° 24683/14	369
Cour EDH, 9 mai 2018, <i>Stomakhin c/Russie</i> , n° 52273/07	169, 170, 338
Cour EDH, 20 septembre 2018, <i>Solska et Rybicka c/Pologne</i> , n°s 30491/17 et 31083/17	511
Cour EDH [GC], 25 septembre 2018, <i>Denisov c/Ukraine</i> , n° 76639/11	514

Cour EDH, 25 octobre 2018, <i>E. S. c/Autriche</i> , n° 38450/12	163, 170, 312
Cour EDH, 15 novembre 2018, <i>Navalnyy c/Russie</i> , n°s 29580/12 et a.	113
Cour EDH, 19 décembre 2018, <i>Molla Sali c/Grèce</i> , n° 20452/14	387
Cour EDH, 8 janvier 2019, <i>Williamson c/Allemagne</i> (déc.), n° 64496/17	170
Cour EDH, 21 février 2019, <i>Z. Ahumbay et a. c/Turquie</i> , n° 6080/06	124, 347
Cour EDH, 9 juillet 2019, <i>Romeo Castano</i> , n° 8351/17	123
Cour EDH, 16 juillet 2019, <i>Zhdanov et a. c/Russie</i> , n° 12200/08 et a	260
Cour EDH, 17 octobre 2019, <i>López Ribalda et a. c/Espagne</i> , n°s 1874/13 et 8567/13	511
Cour EDH, 3 janvier 2020, <i>Pastörs c/Allemagne</i> , n° 55225/14	<b>168, 339, 363, 368</b>
Cour EDH, 11 février 2020, <i>Buturugă c/Roumanie</i> , n° 56867/15	511
Cour EDH, 5 mars 2020, <i>M. Platini c/France</i> (déc.), n° 526/18	514
Cour EDH, 10 mars 2020, <i>Hudorovič et a. c/Slovénie</i> , n°s 24816/14 et 25140/14	511
Cour EDH, 9 mai 2020, <i>Vejdeland et a. c/Suède</i> , n° 1813/07	<b>362, 379</b>
Cour EDH, 12 mai 2020, <i>Lilliendhal c/Islande</i> (déc.), n° 29297/18	363
Cour EDH, 25 juin 2020, <i>Ghoumid. et a. c/France</i> , n°s 52273/16 et a.	113, 252
Cour EDH, 7 juillet 2020, <i>Privacy International et a. c/Royaume-Uni</i> (déc.), n° 46259/16	342
Cour EDH, 16 juillet 2020, <i>Romanov c/Ukraine</i> , n° 63782/11	310, 569
Cour EDH, 11 septembre 2020, <i>Baldassi et a. c/France</i> , n°s 15271/16 et a.	345, 545
Cour EDH, 27 octobre 2020, <i>Kiliçdaroglu c/Turquie</i> , n° 16558/18	501
Cour EDH, 14 décembre 2020, n° P16-2020-001	124
Cour EDH, 25 mars 2021, <i>Bivolaru et Moldovan c/France</i> , n°s 40324/16 et 12623/17	123, 551



Cour EDH, 6 avril 2021, <i>Venken c/Belgique</i> , n° 46130/14	378
Cour EDH, 8 avril 2021, <i>Vavříčka et a. c/République tchèque</i> , n°s 47621/13 et a.	349
Cour EDH, 11 mai 2021, <i>Kilin c/Russie</i> , n° 10271/12	312
Cour EDH, 18 mai 2021, <i>Valdís Fjölnisdóttir et a. c/Islande</i> , n° 71552/17	565
Cour EDH, 25 mai 2021, <i>Centrum för Rättvisa c/Suède</i> , n° 35252/08	342, 529
Cour EDH, 25 mai 2021, <i>Big Brother Watch et a. c/Royaume-Uni</i> , n°s 58170/13, 62322/14 et 24960/15	342, 529
Cour EDH, 15 juin 2021, <i>Ömür Çağdaş Ersoy c/Turquie</i> , n° 19165/19	501
Cour EDH, 15 juin 2021, <i>Melike c/Turquie</i> , n° 35786/19	501
Cour EDH, 22 juin 2021, <i>Hurbain c/Belgique</i> , n° 57292/16	275
Cour EDH, 2 septembre 2021, <i>Sanchez c/France</i> , n° 45581/15	163, 312, 501

## V. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 12 novembre 1969, <i>Erich Stauder c/Ville d'Ulm-Sozialamt</i> , aff. C-29/69	254
CJCE, 17 décembre 1970, <i>Internationale Handelsgesellschaft mbH c/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel</i> , aff. C-11/70	122
CJCE, 21 février 1973, <i>Continental Can</i> , aff. C-6/72	326
CJCE, 14 mai 1974, <i>Nold</i> , aff. C-4/73	224
CJCE, 8 avril 1976, <i>Gabrielle D c/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena</i> , aff. C-43/75	111, 274, 317
CJCE, 13 février 1979, <i>Hoffmann-La Roche c/Commission</i> , aff. C-85/76	326
CJCE, 15 mai 1986, <i>Marguerite Johnston</i> , aff. C-222/84	100
CJCE, 21 septembre 1989, <i>Hoechst</i> , aff. C-48/67	122
CJCE, 18 juin 1991, <i>Ellinki Radiophonica Tiléorassi AE (ERT)</i> , aff. C-260/90	122
CJCE, 3 juillet 1991, <i>AKZO c/Commission</i> , aff. C-62/86	326
TPICE, 10 juillet 1991, <i>British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/Commission</i> , aff. T-70/89	323
CJCE, 16 mars 2000, <i>Cie Maritime belge transports</i> , aff. C-395/96 et C-396/96	195
TPICE, 30 mars 2000, <i>Kish Glass &amp; Co</i> , aff. T-65/96	195
TPICE, 12 décembre 2000, <i>Aéroports de Paris</i> , aff. T-128/98	326
CJCE, 14 décembre 2000, <i>Emsland Starke GmbH</i> , aff. C-1 10/99	148, 359
CJCE, 17 mai 2001, <i>International Express Carriers Conference (IECC) c/Commission des Communautés européennes, La Poste, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et The Post Office</i> , aff. C-449/98	326
CJCE, 17 mai 2001, <i>International Express Carriers Conference (IECC) c/Commission des Communautés européennes, Deutsche Post AG, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, The Post Office et La Poste</i> , aff. C-450/98	326
CJCE, 12 juin 2003, <i>Eugen Schmidberger</i> , aff. C-112/00	273
CJCE, 14 octobre 2004, <i>Omega Spielhallen</i> , aff. C-36/02	122

CJCE, 27 juin 2007, <i>Ordre des barreaux francophones et germanophones</i> , aff. C-305/05	117
CJCE, 5 juillet 2007, <i>Hans Markus Kofoed</i> , aff. C-321/05	359
CJCE, 25 juillet 2008, <i>Metock et a. c/Minister for Justice, Equality and Law Reform</i> , C-127/08	372
CJCE, 3 septembre 2008, <i>Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/Conseil</i> , aff. C-402/05	122
CJUE, 13 septembre 2011, <i>Prigge e.a.</i> , aff. C-447/09	317
CJUE, 19 avril 2012, <i>Tomra Systems</i> , aff. C-549/10	195
CJUE, 6 novembre 2012, <i>Commission c/Hongrie</i> , aff. C-286/12	113
CJUE, 26 février 2013, <i>Aklgaren c/Hans Akerberg Fransson</i> , aff. C-617/10	112, 122
CJUE, 26 février 2013, <i>Stefano Melloni c/ Ministero fiscal</i> , aff. C-399/11	122
CJUE, 15 janvier 2014, <i>Association de médiation sociale c/Union locale des syndicats CGT</i> , aff. C-176/12	113, 227
CJUE, 6 mars 2014, <i>Cruciano Siragusa</i> , aff. C-206/13	122
CJUE, 8 avril 2014, <i>Digital Rights Ireland et Seitlinger et a.</i> , aff. C-293/12 et a.	112, 342
CJUE, 10 juillet 2014, <i>Victor Manuel Julian Hernandez e.a c/Reino de Espana et a.</i> , aff. C-198/13	122
CJUE, 11 septembre 2014, <i>A., C.</i> , aff. C-112/13	117
CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, <i>avis 2/13</i>	122, 123
CJUE, 5 avril 2016, <i>Aranyosi et Căldăraru</i> , aff. C-404/15 et C-659/15	122, 123
CJUE, 14 mars 2017, <i>Samira Achbita et a. c/G4S Secure Solutions NV</i> , aff. C-157/15	343
CJUE, 14 mars 2017, <i>Asma Bougnaoui &amp; ADDH c/Micropole SA</i> , aff. C-188/15	104, 324, 343
CJUE, 5 juin 2018, <i>Coman e. a.</i> , aff. C-673/16	251
CJUE, 25 juillet 2018, <i>Generalstaatsanwaltschaft Bremen</i> , aff. C-220/18	122
CJUE, 25 juillet 2018, <i>Minister for Justice and Equality</i> , aff. C-216/18 PPU	122

CJUE, 24 juin 2019, <i>Commission c/Pologne</i> , aff. C-619/18	113
CJUE, 15 octobre 2019, <i>Dorobantu</i> , aff. C-128/18	123
CJUE, 5 novembre 2019, <i>Commission c/Pologne</i> , aff. C-192/18	113
CJUE, 8 avril 2020, <i>Commission c/Pologne</i> , aff. C-791/19	113
CJUE, 18 juin 2020, <i>Commission c/Hongrie</i> , aff. C-78/18	113
CJUE, 6 octobre 2020, <i>Privacy International, La Quadrature du Net e.a , French Data Network e.a, Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.</i> , aff. C-623/17, C-511/18, C-512/18, C-520/18	110, 129, 224, 252, 342, 561

## VI. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour IADH, 29 juillet 1988, <i>Velasquez Rodriguez c/Honduras</i> , série C, n° 4	111
Cour IADH, 25 novembre 2000, <i>Bamaca Velasquez c/Guatemala</i> , série C, n° 71	124
Cour IADH, 7 juin 2003, <i>Juan Humberto Sanchez c/Honduras</i> , série C, n° 102	111
Cour IADH, 2 septembre 2004, <i>Instituto de Reeducción del Menor c/Paraguay</i> , série C, n° 112	111, 274
Cour IADH, 23 novembre 2004, <i>Sœurs Serrano Cruz c/El Salvador</i> , série C, n° 118	124
Cour IADH, 15 juin 2005, <i>Communauté de Moiwana c/Suriname</i> , série C, n° 124	124
Cour IADH, 10 juillet 2007, <i>Cantoral Huamani et Garcia Santa Cruz c/Pérou</i> , série C, n° 167	111
Cour IADH, 28 janvier 2009, <i>Perozo et al. c/Venezuela</i> , série C, n° 195	111
Cour IADH, 25 octobre 2012, <i>Massacre d'El Mozote et des lieux voisins c/Le Salvador</i> , Série C, n° 252	124
Cour IADH, 31 août 2017, <i>Lagos del Campo c./Pérou</i> , série C, n° 340	110, 113
Cour IADH, avis, 15 novembre 2017, <i>Obligations étatiques en relation avec l'environnement dans le cadre de la protection et de la garantie des droits à la vie et à l'intégrité personnelle –Interprétation et portée des articles 4 § 1 et 5 § 1 en relation avec les articles 1, § 1 et 2 de la Convention américaine des droits de l'homme</i> , OC-23/17	111, 130
Cour IADH, 30 novembre 2017, <i>Travailleurs licenciés de Petroperú et al. c/Pérou</i> , Série C, n° 344	113

## VII. Juridictions des ordres judiciaire et administratif

Cour de Colmar, 2 mai 1855, <i>Daerr</i> , D.P., 1856. 2. 9	144, 314
CA Lyon, 18 avril 1856.	144
CA Paris, 2 décembre 1871, D. 1873. 2. 185	144
Tribunal de Sedan, 17 décembre 1901, S.1904. 2. 217	144
Trib. Com. Epernay, 28 février 1906, D. 1908. 2. 73	144, 178
CA Lyon, 23 janvier 1907, D. 1908. 2. 72	144
Trib. Civ. Seine, 22 janvier 1947, D. 47. 126	117
CA Pau, 15 février 1973, <i>JCP</i> 1973. II. 17584	144, 182
TGI Paris, ord. réf. 28 janvier 1985	360
CA Bordeaux, 21 janvier 1988, D. 1988. 453	192
CA Paris, 27 septembre 1988	286
CA Paris, 28 mai 1996, D. 1996. 618, com. B. Edelman	70
CA Versailles, 29 juin 2000, <i>JCP E</i> 2001, p. 181	187
CA Paris, 15 mai 2001, <i>INC</i> , Bulletin officiel du Conseil de la concurrence 24 juin 2002, p. 382	326
TGI Paris, 21 février 2002, <i>Légipresse</i> , n° 192, 2002, pp. 105-106	159, 160
T. Com. Paris, 11 mai 2004, Bull. Joly 2004, p. 1238	194
CA Paris (14 <sup>e</sup> ch. sect. B), 8 avril 2005, <i>Sté JC Decaux Publicité Lumineuse et Sté de droit italien GIP c/ Association Croyances et Libertés</i>	360, 363
TGI Paris, 24 novembre 2005, <i>Légipresse</i> , n° 229, 2006, p. 30	163
Cass. Civ. 1 <sup>ère</sup> , 14 novembre 2006, n <sup>os</sup> 05-15822 et 05-16001	360
TGI Paris (17 <sup>ème</sup> ch.), 22 mars 2007 ( <i>Société des habous et des lieux saints de l'Islam et Union des organisations islamiques de France c/ Ph. Val</i> ), <i>Légipresse</i> , n° 242, 2007, pp. 123-128	161

CA Paris (11 <sup>ème</sup> ch. sect. A), 12 mars 2008	161
TGI Paris, 2 juin 2009, <i>Légipresse</i> , n° 263, 2009, p. 105	159
CA Paris (ch. 2-7), 17 mars 2011, <i>D. M'bala M'bala</i>	164
CA Versailles, 16 février 2012, n° 10/04809	145
TGI Paris, 23 mars 2012 ( <i>Ministère public c/ P. Cassen et a.</i> ), <i>Légipresse</i> , n° 295, 2012, p. 346	163
TGI Pontoise, 20 décembre 2013, n° 10-208005397	545
Trib. Corr. Paris, 12 mai 2015, <i>UEFJ et a. c/Alain Soral</i> , <i>Légipresse</i> , n° 328, p. 332	340
TA Rennes, 11 octobre 2016, <i>Mme Monnerais</i> , n° 1604451	531
TA Toulouse, 13 octobre 2016, <i>Mme Emilie F.</i> , n° 1405903	531
CAA Marseille, 3 juillet 2017, <i>Ligue des droits de l'homme</i> , n° 17MA01337	501
CAA Paris, ch. réunies, 20 déc. 2018, n° 17PA00747	148
TA Lyon, 15 janvier 2019, n° 1704067	132
TA Paris, 3 février 2021, n <sup>os</sup> 1904967 et a.	132

## VIII. Autres juridictions (et comités, commissions...)

<b>Cour permanente de justice internationale</b> , 25 mai 1926, <i>Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise</i> (fond), série A, n° 7	145, 147, 403
<b>Cour internationale de justice (CIJ)</b> , 9 avril 1949, <i>Affaire du détroit de Corfou</i> (fond), Recueil CIJ 1949, p. 4	291, 531
CIJ, Avis du 21 juin 1971, <i>Conséquences juridiques pour la États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276(1970) du Conseil de sécurité</i> , Recueil CIJ 1971, p. 16	532
CIJ, Avis du 16 octobre 1975, <i>Sahara occidental</i>	532
CIJ, 30 juin 1995, <i>Timor oriental (Portugal c/Australie)</i> .	532
CIJ, Avis du 22 juillet 2010, <i>Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo</i> .	532
CIJ, 30 novembre 2010, <i>Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c/République démocratique du Congo)</i> , Recueil CIJ 2010, p. 639	124
<b>Comité des droits de l'homme (CDH)</b> , 8 novembre 1996, <i>Robert Faurisson c/France</i> , n° 550/1993	163
CDH, 26 septembre 2013, <i>Shingara Mann Singh c/France</i> , n° 1928/2010	104
CDH, 30 octobre 2018, <i>General comment n° 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (Right to life)</i>	130
CDH, 24 septembre 2018, <i>F.A c/France</i> , n° 2662/2015	104
CDH, 22 octobre 2018, <i>Miriana Hebbadj c/France</i> , n° 2807/2016	104, 386, 386
<b>Commission Africaine des Droits de L'homme et des Peuples</b> , 13 mai 2003, <i>Curtis Francis Doebbler c/Soudan</i> , communication 236/00	124
<b>Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (BVerfG)</b> , 23 octobre 1952, BVerfGE, 1, p. 1	331
BVerfG, 16 janvier 1957, <i>Elfes</i> , BVerfGE 6, p. 32	525
BVerfG, 15 janvier 1958, <i>Lüth/Harlan</i> , BVerfGE, 7, pp. 198-230	117, 232
BVerfG, 24 février 1971, 1BvR 435/68, BVerfGE 30, p. 173	112
BVerfG, 29 mai 1974, 2BvL 52/71, BVerfGE 37, p. 271 ( <i>Solange I</i> )	122



BVerfG, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, p. 339 ( <i>Solange II</i> )	122
BVerfG, 1 mai 2001, 1 BvQ 22/01, Rn. 1-22	154
BVerfG, 18 mars 2003, 2 BvB 1,2,3/01, BVerfGE 107, pp. 339-395	331
BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08 e.a., BVerfGE 123, p. 267	122
BVerfG, 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, p. 277	122
BVerfG, 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13 e.a., BVerfGE 134, p. 366	123, 563
BVerfG, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, p. 317.	122, 525
BVerfG, 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13 e.a., BVerfGE 142, p. 123	122
BVerfG, 17 janvier 2017, 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, p. 20	331
BVerfG, 19 décembre 2017, 2 BvR 424/17, BVerfGE 147, p. 364	122
<b>Cour administrative fédérale d'Allemagne (BVerwG)</b> , 15 déc. 1981, BVerwGE 64, 274	70
<b>Cour constitutionnelle de Belgique</b> , 6 décembre 2012, n° 145/2012	285
<b>Cour de cassation de Belgique</b> , 16 nov. 1961, Pas., 1962. I, p. 333	145
Cour de cassation de Belgique, 8 février 2001, Pas., 2001, I, p. 244	146
<b>Cour Suprême du Canada</b> , <i>Houle c/Banque canadienne nationale</i> , [1990] 3 RCS 122, 74 DLR (4e) 577	180
<b>Cour constitutionnelle colombienne (Corte Constitucional)</b> , 5 juin 1992, s. T-406	111
<b>Tribunal constitutionnel espagnol (Tribunal Constitucional)</b> , 15 juin 1981, n° 21/81	117
Tribunal Constitucional, 14 juillet 1981, n° 25/81	117
Tribunal Constitucional, 26 mars 1987, n° 37/1987	359

Tribunal Constitucional, 13 déc. 2004, n° 1/2004	122
<b>Tribunal Suprême espagnol (Tribunal Supremo)</b> , 6 février 2013, n° 693/2013	389
<b>Cour suprême des États-Unis (Supreme Court of the United States)</b> , <i>Lawrence v. Texas</i> , 539 U.S. 558 (2003), 123 S. Ct 2481	124
<b>Cour suprême d'Inde (Supreme Court of India)</b> , 19 oct. 2006, <i>M. Nagaraj &amp; Others vs Union Of India &amp; Others</i>	233
<b>Cour constitutionnelle italienne (Corte costituzionale)</b> , 27 décembre 1973, <i>Frontini</i> , n° 183	122
Corte costituzionale, 29 décembre 1988, n° 1145, Giur. cost., 1988, parte I, p. 5569	254
Corte costituzionale, 12 avril 1989, n° 203, Giur. cost., 1989, parte I, p. 898	254
Corte costituzionale, 3 avril 1996, n° 89 de 1996, Gazzetta Ufficiale (G.U), 1a Serie speciale, n° 14, p. 26	254
Corte costituzionale, 9 avril 2013, n° 85/2013	231
<b>Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione)</b> , Sez. III, 18 septembre 2009, n° 20106	147, 181, <b>260</b> , 325
Corte di Cassazione, Sez. I Civil, 6 décembre 2012, n° 21994	183
<b>Tribunal constitutionnel du Pérou (Tribunal Constitucional)</b> , 10 mars 2003, n° 005-2002-ai/tc (acumuladas)	236
<b>Tribunal constitutionnel polonais (Trybunat Konstytucyjny)</b> , 11 mai 2005, K 18/04	122
<b>Tribunal des conflits (TC)</b> , 8 avril 1935, n° 00822 ( <i>Action Française</i> )	143
<b>AMF, Commission des sanctions</b> , décision n° 18 du 11 décembre 2019	196
<b>Conseil de la concurrence</b> , 27 janvier 2009, n° 09-D-04	325
Conseil de la concurrence, 5 février 2009, n° 09-D-06	195
<b>Football Association Regulatory Commission</b> , 3 mars 2014, <i>The Football Association and Nicolas Anelka</i>	340



# Index alphabétique

*Les numéros renvoient aux paragraphes*

## A

Abduction : 32, 33, 37, 138, 240

Abus de droit

droit de la consommation : 150

droit de la Convention EDH : 165  
et s.

droit fiscal : 148

droit international : 147

droit de propriété : 144, 152

droit public : 149

droit social : 323 et s.

droit des sociétés : 194 et s.

Abus de position dominante

« point de vue social » : 67, 87, 346  
et s.,

« point de vue économique » : 195,  
325

Autorité (et abus de droit) : 366 et s.

## B

Bonne foi (et abus de droit) : 181 et s.

## C

Communauté d'interprétation : 26, 235,  
269 et s.

Concept : 30 et s., 401

Constitutionnalisme (moderne) : 72 et s.,  
118

## D

Démocratie : 157, 330 et s., 559 et s.

Détournement de pouvoir (et abus de  
droit) : 190 et s.

Dignité : 69, 70, 71,

Droits de l'homme

critiques : 75 et s.

déclarations et préambules : 68,

droits naturels : 59, 62, 63,

universalisme : 84 et s.

Droits fondamentaux

conception commune : 97

conception discursive : 110 et s.

conception formelle : 97

conception matérielle : 97

conception structurelle : 97

critiques : 104 et s.

## Droits fondamentaux

fonctions : 116 et s.

signification conceptuelle : 401 et s.

signification concrète : 225 et s.

Droits sociaux : 113, 131, 221, 227

Droit subjectif (concept de) : 204 et s.

## F

Faute (et abus de droit) : 178 et s.

Fondement de l'ordre juridique : 549 et s.

Fraude à la loi (et abus de droit) : 185 et s.

## I

Idéologies de haine et totalitaires : 338 et s.

Indétermination (de la signification de la  
fondamentalité) : 517 et s.

Individualisme (et abus de droit) : 524 et s.

Induction : 33, 300

Interdiscursivité (et abus de droit) : 345 et  
s.

Interprète authentique : 25, 101, 253, 503  
et s.

Intersubjectivité (et abus de droit) : 267 et  
s.

## J

Justice (et abus de droit) : 314 et s.

## L

Législateur (et abus de droit) : 342 et s.

Liberté d'expression (et abus de droit) :  
159 et s., 360

Liberté personnelle (et abus de droit) : 390  
et s.

Libertés publiques : 66

Liberté de religion (et abus de droit) : 383  
et s.

Liberté sexuelle (et abus de droit) : 319,  
364

## P

Partis politiques (et abus de droit) : 330 et s.

Pédagogie (et abus de droit) : 377 et s.

Pragmatisme (et signification) : 18 et s.

Principe (concept de) : 227

Principe général du droit : 110

Proportionnalité : 110, 198 et s., 274, 379

## R

Référé-liberté : 348 et s.

Responsabilité (et abus de droit) : 546 et s.

## S

Symbole (et abus de droit) : 381 et s.

## T

Troubles anormaux du voisinage (et abus de droit) : 188 et s.

## U

Usage des droits (et signification) : 403 et s.

## V

Vulnérabilité (et abus de droit) : 317 et s.



# Table des matières

<b>INTRODUCTION GENERALE.....</b>	<b>1</b>
I.    Quelle est l'utilité d'une étude sur le concept de l'abus de droit fondamental ? .....	4
A.    Qu'est-ce que l'abus de droit ? .....	4
B.    Qu'est-ce que l'abus de droit fondamental ? .....	7
C.    Pourquoi une étude sur l'abus de droit fondamental ? .....	9
II.    Une étude sur un concept-objet.....	12
A.    Une étude pragmatiste de clarification conceptuelle.....	13
B.    Une étude juridique : le droit comme champ énonciatif du concept-objet .....	19
C.    Une étude de connaissance intrinsèquement liée au droit positif.....	24
III.    Les ambitions de l'étude : le concept de l'abus de droit fondamental en tant qu'hypothèse générale .....	26
A.    Un concept qui signifie un raisonnement logique habituel au sein de la communauté d'interprétation de la fundamentalité.....	27
B.    Un concept significatif du phénomène de la fundamentalité .....	30
1)    Une nécessaire modestie épistémique.....	30
2)    La prétention d'un intérêt heuristique.....	32
C.    Un concept aux implications fécondes pour une lecture juridique de la démocratie ....	35
IV.    Le plan de l'étude.....	36
<b>PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT AU SEIN DU DISCOURS DE LA FONDAMENTALITE.....</b>	<b>37</b>
TITRE 1. LE CHAMP ENONCIATIF DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT FONDAMENTAL : LE DISCOURS DE LA FONDAMENTALITE .....	38
<i>Chapitre 1. L'infrastructure du discours de la fundamentalité : les raisons du concept de l'abus de droit fondamental.....</i>	<i>39</i>
Section 1. Du discours des droits de l'homme au concept de l'abus de droit fondamental : perspective généalogique et monde constitué.....	41
§ 1. L'affirmation historique du discours des droits de l'homme .....	42
A.    Les temps liés du discours des droits de l'homme .....	42
B.    L'instant révolutionnaire du discours des droits de l'homme .....	47
C.    Le combat pour les droits de l'homme.....	51
§ 2. Le discours des droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.....	56



A.	Le concept de dignité de la personne humaine, un fondement énigmatique des droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale .....	57
B.	Le discours des droits de l'homme honoré par le constitutionnalisme moderne .....	61
Section 2.	Des critiques envers le discours des droits de l'homme au concept de l'abus de droit fondamental : un monde rejeté .....	64
§ 1.	L'individualisme antipolitique des droits de l'homme .....	66
A.	Les droits de l'homme contre la démocratie .....	66
B.	Les droits de l'homme pour le capitalisme .....	69
§ 2.	L'universalisme imaginaire des droits de l'homme .....	72
<i>Chapitre 2. La structure du discours de la fondamentalité : la logique du concept de l'abus de droit fondamental.....</i>		<i>80</i>
Section 1.	L'appréhension discursive de la fondamentalité en tant que champ énonciatif du concept de l'abus de droit fondamental .....	81
§ 1.	L'incertitude conceptuelle de la fondamentalité .....	81
A.	L'insaisissabilité du concept de droit fondamental .....	82
1)	Une conception de la fondamentalité dépendante d'une conception générale du droit.....	84
2)	Une conception de la fondamentalité dépendante de la culture juridique de l'interprète.....	89
B.	La critique du concept de la fondamentalité .....	93
§ 2.	Les constituants discursifs de la fondamentalité.....	98
A.	L'arc conceptuel de la fondamentalité .....	100
B.	L'objectivité juridique et sociale de la fondamentalité .....	104
Section 2.	Les fonctions du discours de la fondamentalité, finalités du concept de l'abus de droit fondamental .....	110
§ 1.	La fonction fondatrice du discours des droits fondamentaux .....	110
§ 2.	Les autres fonctions discursives de la fondamentalité .....	116
A.	Une fonction de médium de communication entre les ordres juridiques .....	117
B.	Une fonction argumentative pour les interprètes du discours juridique.....	123
C.	Une fonction de revendication au sein de la communauté politique.....	127
 <i>Conclusion du Titre 1 .....</i>		<i>133</i>

TITRE 2. L'IDENTIFICATION ABDUCTIVE DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT FONDAMENTAL.....	134
<i>Chapitre 1. La compréhension abductive du concept de l'abus de droit fondamental</i> .....	136
Section 1. Les enseignements du discours juridique sur le concept de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux .....	136
§ 1. La construction dogmatique de la notion de l'abus de droit .....	136
A. Les origines de la notion de l'abus de droit au sein de l'ordre juridique français.....	138
B. Les manifestations de la notion de l'abus de droit en diverses matières juridiques....	143
§ 2. La notion de l'abus de droit dans le discours de la fundamentalité .....	149
A. L'énoncé prescriptif ambigu de la notion d'abus de droit fondamental.....	151
B. L'usage privilégié de la notion d'abus de droit fondamental en matière de liberté d'expression.....	156
C. L'usage énigmatique de la notion de l'abus de droit par la Cour EDH .....	164
Section 2. Les confusions théoriques à propos du concept de l'abus de droit en matière de droits fondamentaux .....	172
§ 1. Les confusions théoriques inhérentes à la notion de l'abus de droit.....	172
A. La proximité conceptuelle de l'abus de droit avec d'autres notions juridiques .....	173
1) L'abus de droit et quelques notions familières de droit positif.....	174
i. L'abus de droit et la notion de faute.....	174
ii. L'abus de droit et l'exigence de bonne foi .....	176
iii. L'abus de droit et la fraude à la loi .....	179
iv. L'abus de droit et les troubles anormaux de voisinage .....	181
v. L'abus de droit et le détournement de pouvoir.....	182
vi. Les abus de droit particularisés .....	185
2) L'abus de droit et le concept de proportionnalité .....	189
B. La confusion théorique à propos de la notion de droit subjectif .....	194
1) L'ambiguïté de la notion de droit subjectif.....	195
2) L'abus de droit confronté à l'ambivalence de la notion de droit subjectif .....	202
§ 2. Les confusions théoriques accentuées à propos de la notion de l'abus de droit dans le discours de la fundamentalité.....	208
A. L'inconsistance juridique de l'absoluité des droits fondamentaux .....	210
B. La signification concrète d'un droit fondamental .....	213

<i>Chapitre 2. La spécification abductive du concept de l'abus de droit fondamental</i> .....	227
Section 1. L'abus de droit fondamental est la contextualisation interdiscursive du fait social prétendument exercice d'un droit fondamental .....	229
§ 1. L'appropriation interdiscursive caractéristique du phénomène de la fundamentalité .....	230
A. L'horizon peu signifiant des sources de la fundamentalité .....	231
B. L'interdiscursivité inhérente à l'application des droits fondamentaux .....	234
§ 2. Le concept de l'abus, une contextualisation interdiscursive au sein du processus de concrétisation des droits fondamentaux .....	240
A. Le concept de l'abus de droit ou l'attention portée à un fait social.....	241
B. Le concept de l'abus de droit fondamental ou la contextualisation interdiscursive du fait social.....	243
C. La notion de l'abus de droit fondamental en tant que sanction du processus de contextualisation interdiscursive .....	248
Section 2. L'abus de droit fondamental est la contextualisation intersubjective du fait social prétendument exercice d'un droit fondamental .....	250
§ 1. La dimension relationnelle des droits fondamentaux.....	251
A. Les destinataires des droits fondamentaux, une communauté de discours .....	251
B. Le discours de la fundamentalité ou les droits en relation .....	256
§ 2. Le concept de l'abus, une contextualisation intersubjective au sein du processus de concrétisation des droits fondamentaux .....	260
A. Le concept de l'abus de droit fondamental ou la contextualisation intersubjective du fait social.....	260
1) L'abus de droit et l'appréhension juridique de l'intention .....	261
2) L'abus de droit ou la mise en œuvre du concept normatif de l'entente intersubjective .....	265
B. La notion de l'abus de droit fondamental en tant que sanction du processus de contextualisation intersubjective .....	268
<i>Conclusion du titre 2</i> .....	272
<i>Conclusion de la partie 1</i> .....	273

**PARTIE 2. LE DEPLOIEMENT DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT AU SEIN DU DISCOURS DE LA FONDAMENTALITE.....275**

**TITRE 1. LE CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT ET LES ENJEUX NORMATIFS DE LA FONDAMENTALITE 276**

*Chapitre 1. L'intérêt du concept de l'abus de droit pour l'activité normative pratique de la  
fondamentalité ..... 278*

**Section 1. Les dispositions du concept de l'abus de droit fondamental à lutter contre le liberticide  
concret..... 279**

**§ 1. L'abus de droit ou l'appréciation du bien-fondé de la prétention normative du destinataire  
des droits fondamentaux ..... 280**

A. Le concept de l'abus ou l'intérêt de la communauté de droit ..... 280

B. Une conception objective de la justice saisie par le concept de l'abus de droit..... 286

**§ 2. L'abus de droit ou l'attention portée à l'asymétrie concrète entre les destinataires de droits  
fondamentaux..... 289**

A. L'abus de droit et la nécessaire différenciation concrète entre les destinataires de droits  
fondamentaux ..... 289

B. L'abus de droit fondamental et la nécessaire pondération pratique au sein de relations  
juridiques objectivement déséquilibrées..... 295

1) Le concept de l'abus de droit fondamental à la recherche de l'équilibre relationnel en  
entreprise..... 295

2) Le concept de l'abus de droit fondamental à la recherche de l'équilibre relationnel  
sur un marché économique ..... 298

**Section 2. Les dispositions du concept de l'abus de droit fondamental à lutter contre le liberticide  
systémique ..... 301**

**§ 1. L'abus de droit et la tentation liberticide systémique des destinataires de droits  
fondamentaux..... 301**

A. Le concept de l'abus de droit fondamental et la lutte juridique contre les groupements  
politiques liberticides..... 302

B. Le concept de l'abus de droit fondamental et la lutte juridique contre les idéologies  
totalitaires ..... 309

**§ 2. L'abus de droit et la tentation liberticide systémique du législateur..... 313**

A. Le concept de l'abus de droit fondamental au lieu des restrictions générales aux libertés  
.....314

B. Le concept de l'abus contre le dévoiement liberticide des droits..... 319

<i>Chapitre 2. L'intérêt de la notion de l'abus de droit aux fins de préserver le discours de la fondamentalité</i> .....	326
Section 1. Les dispositions de la notion de l'abus de droit à préserver l'intégrité du discours de la fondamentalité .....	327
§ 1. La notion de l'abus de droit, une référence pragmatique dans le langage de la fondamentalité.....	329
A. L'autonomie normative de la notion de l'abus de droit fondamental .....	329
B. La portée normative de la notion de l'abus de droit fondamental.....	333
§ 2. La notion de l'abus de droit, une référence autoritaire dans le langage de la fondamentalité .....	337
A. La notion de l'abus de droit ou l'autorité au service de la fondamentalité .....	338
B. La notion de l'abus de droit ou l'autorité au mépris de la fondamentalité.....	340
Section 2. Les dispositions de la notion de l'abus de droit à préserver l'effectivité du discours de la fondamentalité .....	346
§ 1. La notion de l'abus de droit, une référence pédagogique dans le discours de la fondamentalité.....	347
§ 2. La notion de l'abus de droit, une référence symbolique dans le langage de la fondamentalité .....	351
A. La notion de l'abus de droit fondamental et le port du voile intégral dans l'espace public .....	352
B. La notion de l'abus de droit fondamental et le fait « de se faire lancer » .....	360
<i>Conclusion du titre 1</i> .....	368
TITRE 2. LE CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT ET LES ENJEUX COGNITIFS DE LA FONDAMENTALITE	369
<i>Chapitre 1. Des enseignements du concept de l'abus de droit sur la signification des droits fondamentaux</i> .....	370
Section 1. Le concept de l'abus de droit ou la signification de la fondamentalité orientée vers l'usage des droits .....	371
§ 1. La signification d'un droit fondamental à travers son usage concret.....	372
A. L'usage d'un droit allégué par le destinataire des normes : une proposition de signification concrète de ce droit.....	373
B. L'interprétation authentique de la proposition de signification du droit par l'usage : l'enjeu du pouvoir du juge.....	379
§ 2. La signification continue des droits au sein de la communauté d'interprétation de la fondamentalité.....	387
A. L'usage valide, un signe du droit invoqué .....	387
B. L'irréductible indétermination de la signification juridique des droits fondamentaux	395

Section 2. Les enjeux de l'indétermination de la fundamentalité selon le concept de l'abus de droit .....	400
§ 1. L'indétermination de la fundamentalité par l'ambivalence du caractère individualiste de ce discours .....	401
§ 2. L'indétermination de la fundamentalité par l'irréductible potentiel individualiste de ce discours .....	409
<i>Chapitre 2. Des enseignements du concept de l'abus de droit sur le rôle du destinataire des normes au sein du phénomène de la fundamentalité .....</i>	<i>415</i>
Section 1. Le rôle significatif de l'individu dans la constitution du discours de la fundamentalité .....	416
§ 1. La disponibilité du discours de la fundamentalité à l'impulsion normative individuelle ..	417
A. L'usage d'un droit pour le sens de la fundamentalité .....	417
B. L'usage d'un droit pour la responsabilité de la fundamentalité .....	421
§ 2. L'accès de l'individu au discours de la fundamentalité, un accès au fondement de l'ordre juridique .....	424
A. Les droits fondamentaux au fondement de l'ordre juridique .....	425
B. Du potentiel signifiant de la volonté individuelle au fondement de l'ordre juridique	428
Section 2. Le rôle significatif de l'individu dans la constitution du langage structurel des sociétés démocratiques .....	432
§ 1. L'empirisme des droits fondamentaux, une signification juridique de la démocratie .....	436
§ 2. Le processus de signification des droits fondamentaux ou l'enquête démocratique .....	443
<i>Conclusion du Titre 2 .....</i>	<i>452</i>
<i>Conclusion de la Partie 2 .....</i>	<i>453</i>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>457</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>465</b>
<b>INDEX DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>521</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>559</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>563</b>



## *Résumé en français*

Certainement que le malaise procuré par l'expression « abus de droit fondamental » est le moteur de cette recherche : comment peut-on abuser d'un droit, qui plus est fondamental ? Malgré l'ambiguïté de la dénomination, l'abus de droit est une notion positive en matière de droits fondamentaux. Envisagée dans de nombreuses déclarations internationales et régionales de droits de l'homme, elle est particulièrement utilisée par la Cour EDH. Or, si l'on veut dissiper certains paradoxes objectivement attachés à la notion, il est un nécessaire travail de clarification théorique : de quoi les destinataires des normes peuvent-ils *réellement* abuser en droit ? Que signifie véritablement avoir un droit ? Et plus loin, que signifie avoir un droit fondamental ? Appuyée sur les travaux du philosophe et sémioticien C.S Peirce, tel qu'ils sont aujourd'hui mis en lumière par C. Tiercelin, cette recherche part d'un engagement ontologique fort : la nécessaire distinction en droit entre les mots, les concepts, et les choses (essentiellement les faits sociaux).

À partir de cette clarification fondamentale, il sera aisément constaté que l'expression « abus de droit » est en réalité un abus de langage. Pourtant, la conception visée par cette expression a une utilité certaine et persistante au sein du discours juridique. D'un point de vue strictement normatif, le concept agit comme une limitation anti-individualiste dans *l'usage* des droits. En stigmatisant les usages juridiquement inacceptables, il peut non seulement protéger la fundamentalité en tant que *système*, mais également se révéler être, contre toute attente, un instrument fidèle au libéralisme constitutif des droits de l'homme, comme un recours pragmatique aux restrictions de droits démesurément générales et abstraites. Du reste, l'œuvre normative du concept de l'abus de droit déconstruit les représentations idéologiques du système juridique, qui font croire que toute prétention individuelle constitue, sans la moindre investigation méthodique et dogmatique, l'exercice d'un droit fondamental.

D'un point de vue strictement cognitif cette fois, le concept de l'abus de droit peut constituer un prisme particulièrement fécond pour l'étude du phénomène de la fundamentalité, car il invite à se plonger au cœur du processus de signification des droits à partir de l'usage qu'en font les destinataires des normes. Ainsi, la signification de la fundamentalité est-elle envisagée au-delà des textes et des énoncés, c'est-à-dire au-delà du langage, afin d'appréhender, à l'aune du concept objet de cette recherche, la portée juridiquement signifiante de l'action individuelle elle-même : *lorsque l'usage valide est un signe du droit allégué*. L'étude de ce processus significatif « ascendant » dévoile peut-être un horizon de connaissances nouvelles à propos des droits fondamentaux, voire d'une conception juridique et réaliste de la démocratie.



## *Résumé en anglais*

Certainly, the discomfort caused by the expression “abuse of a fundamental right” is the driving force behind this research : how can one abuse a right, which is even more fundamental ? In spite of the ambiguity of this expression, the abuse of rights is a positive notion in terms of fundamental rights. Envisaged in many international and regional declarations of human rights, it is particularly used by the ECHR. However, if we want to resolve certain paradoxes objectively attached to the notion, it is necessary to work on theoretical clarification : what can the subject of law *really* abuse in law ? What does it really mean to have a right ? And further, what does it mean to have a fundamental right ? Based on the work of the philosopher and semiotician C.S. Peirce, as highlighted today by C. Tiercelin, this research starts from a strong ontological commitment : the necessary distinction in law between words, concepts, and things (essentially social facts).

From this fundamental clarification, it will be easily seen that the expression “abuse of right” is in reality an abuse of language. However, the concept referred to by this expression has a certain usefulness and persistent within the legal discourse. From a strictly normative point of view, the concept acts as an anti-individualistic limitation on the *use* of rights. By stigmatizing legally unacceptable uses, it can not only protect fundamentality as a *system*, but also prove to be, against all odds, the most faithful instrument to the liberalism constitutive of human rights, as a pragmatic remedy to overly general and abstract restrictions of rights. In any case, the normative work of the concept of abuse of right deconstructs the ideological representations of the legal system, which make people believe that any individual claim constitutes, without any methodical and dogmatic investigation, the exercise of a fundamental right.

From a strictly cognitive point of view this time, the concept of abuse of rights can constitute a particularly fertile prism for the study of the phenomenon of fundamentality, because it invites us to delve into the heart of the process of meaning of rights from the point of view of the use made of them by the subjects of law. Thus, the meaning of fundamentality is considered beyond texts and statements, i.e. beyond language, in order to apprehend, in the light of the concept that is the subject of this research, the legally significant scope of the individual action itself : *when valid use is a sign of the alleged right*. The study of this significant “bottom-up” process may reveal a horizon of new knowledge about fundamental rights, and even about a legal and realistic conception of democracy.