



*Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent survenir dans chaque copie.*

## Concours externe

1<sup>ère</sup> épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 18/20

Par une décision Belgique contre Grèce du 21 janvier 2011, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a jugé que la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux garantis par la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) par le droit de l'Union européenne n'était pas irréfragable et ne trouvait pas à s'appliquer aux faits de l'espèce, concernant les règles du droit d'asile établies par le règlement Dublin II. Le 21 décembre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a confirmé cette limitation de la solution établie par la décision CEDH 2005 Bosphorus Airways c. Irlande et a jugé que la CEDH était ainsi fondée à faire application de l'article 53 de la convention permettant de retenir les standards de protection des droits fondamentaux les plus élevés entre les deux ordres juridiques.

Ces deux jurisprudences témoignent à la fois de la complexité et de la garantie la plus étendue des droits fondamentaux auxquelles peut conduire le pluralisme juridique. Le mouvement de diversification des sources et des modes de garantie des droits fondamentaux aux niveaux nationaux, européen et international est en effet porteur de tensions et de concurrences, mais aussi de complémentarité des différentes normes applicables. En particulier, cette évolution est visible au niveau européen, où les droits nationaux des Etats, le droit de l'Union européenne (primaire et dérivé selon l'article 288TFUE) et le droit de la CEDH (à la fois la convention, les protocoles additionnels, les chartes et la jurisprudence de la Cour, voire les recommandations du Conseil de l'Europe) constituent un véritable « réseau » plutôt qu'une « pyramide » de règles applicables aux droits fondamentaux (François Ost, 2002).

Les droits fondamentaux constituent un ensemble évolutif de droits caractérisés par leur intangibilité et leur « imprescriptibilité » (Louis Favoreu). Ils se sont diversifiés et élargis au cours du temps, ajoutant aux droits civils et politiques dits de « première génération » (liberté de conscience, liberté de réunion, d'expression) les droits-créances de « deuxième génération » comme le droit de grève ou la liberté syndicale, ainsi que les droits exercés collectivement de la « troisième génération » (droit à l'environnement, droit des consommateurs par exemple). Certains de ces droits sont absolus, comme le précise la CEDH pour le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains (article 3) ou l'interdiction de l'esclavage (article 4), tandis que les autres droits peuvent être limités par le législateur. Les droits fondamentaux sont pour la plupart contenus dans le « bloc de constitutionnalité » (CC 1971 Liberté d'association).

A la fois la définition et le régime de protection des droits fondamentaux sont influencés par le pluralisme juridique. Les droits fondamentaux reflètent généralement des traditions juridiques nationales, malgré le mouvement d'universalisation qui peut être en partie observé. Dès lors, ils soulèvent un enjeu de souveraineté attaché à la conception nationale des droits des individus. Face à cette situation, le pluralisme juridique introduit des influences réciproques à la fois au niveau « vertical », entre droits nationaux et droits de l'Union et de la CEDH, et au niveau « horizontal », entre les différents droits nationaux eux-mêmes. Les droits nationaux et droits européens ont accompagné le processus d'internationalisation du droit par l'instauration de règles d'ordonnement juridique des différentes normes, pour éviter que la pluralité soit source de contrariété. Le droit français se caractérise à cet égard par un système « moniste » ayant facilité l'intégration première du pluralisme juridique en droit interne. Néanmoins, ces dispositions n'ont pas empêché que les régimes de protection des droits fondamentaux entrent en concurrence et n'ont pas suffi à garantir l'effectivité de la protection affirmée par le droit européen. Dès lors, les juges nationaux et européens, ainsi que le législateur, ont recherché des solutions pour concilier les différents régimes juridiques, dans un double objectif de préservation des marges nationales d'appréciation et de garantir la plus étendue des droits fondamentaux. Cette évolution a permis au cours des dix dernières années un enrichissement mutuel des droits nationaux et européens de protection des droits fondamentaux, tant pour le contenu des droits eux-mêmes que pour les techniques législatives et jurisprudentielles assurant leur effectivité. Le droit français a également pu jouer un rôle d'influence important dans ce mouvement de convergence. Pour autant, des cas de conflits de normes et d'interprétation divergentes ne sont pas totalement exclus, mettant en question l'aboutissement du cadre juridique des droits fondamentaux au sein du pluralisme juridique. Face à ces enjeux, il apparaît sûrement opportun de poursuivre le mouvement de mise en cohérence des droits fondamentaux dans l'espace juridique européen et international, en particulier en approfondissant le dialogue des juges.

Malgré l'existence de règles d'ordonnement des différentes sources et garanties des droits fondamentaux, le pluralisme juridique a d'abord pu susciter des tensions entre les différents régimes de protection des droits fondamentaux, ce qui a justifié l'élaboration de mécanismes législatifs et jurisprudentiels pour leur mise en cohérence (I). Si la conciliation des différents régimes juridiques de garantie des droits fondamentaux permet aujourd'hui un enrichissement mutuel des droits nationaux et européens, des conflits de normes engendrés par le pluralisme juridique sont encore susceptibles d'interférer, appelant un prolongement du dialogue entre droits nationaux et européens (II).

\*

\*

\*

Si des règles ont été instaurées pour encadrer les effets du pluralisme juridique, elles n'ont pas fait obstacle à l'existence de tensions et de divergences dans l'application des droits fondamentaux.

Le pluralisme juridique a d'abord pu susciter des réticences de la part du juge et du législateur, en raison des enjeux de souveraineté qui s'attachent à la définition des droits fondamentaux, et en dépit des règles constitutionnelles garantissant l'application du droit international.

Le droit public français se caractérise par un régime juridique moniste, prévoyant l'intégration en droit interne des normes de protection des droits fondamentaux. Au niveau international, la hiérarchie des normes obéit au principe pacta sunt servanda (inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946) mais c'est surtout au niveau national que les enjeux d'application des droits fondamentaux sont les plus importants. Leur effectivité implique en effet que les traités instituant des droits ou obligations pour les

individus soient d'effet direct. Le droit français prévoit leur intégration sous les conditions de l'article 55 de la Constitution, sauf pour le droit de l'Union où la condition de réciprocité ne vaut pas (CJCE 1990 Commission c. France). Les conditions de l'effet direct ont été définies par le juge administratif quant à l'objet du contrat et au caractère précis de ses dispositions (CE 2012 GISTI). Un particulier peut par exemple tirer moyen de la convention d'Aarhus de 1998 pour faire valoir son droit à l'environnement équilibré, par ailleurs inscrit à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement de 2004 qui fait partie du bloc de constitutionnalité. Pour garantir l'articulation entre cette protection des droits fondamentaux au niveau international et celle au niveau constitutionnel, le Conseil constitutionnel se prononce sur la nécessité ou non de réviser la constitution avant ratification ou approbation d'une convention (article 54), une décision prononçant l'incompatibilité des deux textes ne conduisant pas obligatoirement à une révision par le constituant (CC 1999 Charte des langues régionales et minoritaires).

Au niveau européen, l'articulation des régimes de protection des droits fondamentaux est également prévue par les textes. En particulier, la conciliation du droit de l'Union avec celui de la CEDH se fait au bénéfice du régime le plus protecteur, selon l'article 53 de la convention et l'article 53 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle a même valeur que les traités depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009. Concernant la mise en cohérence des régimes nationaux et européens, les traités prévoient le mécanisme de question préjudicielle pour l'Union européenne (TFUE 267), qui n'a pas d'équivalent en droit de la convention européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, le droit de l'Union européenne prévoit dans des normes de droit primaire que certains droits fondamentaux comme le droit de propriété, consacré par l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, fasse l'objet d'un régime pour lequel les Etats-membres disposent d'une large marge nationale d'appréciation (TFUE 345), comme l'a confirmé la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE 1982 Commission c. France) au sujet des nationalisations.

L'existence de ces règles n'a pas empêché l'apparition de conflits de normes dans la garantie des droits fondamentaux, mais aussi des réticences de la part des juges administratif et constitutionnel. Le Conseil d'Etat a limité par plusieurs jurisprudences la portée du droit de l'Union européenne pour les droits fondamentaux. Il a ainsi initialement refusé de reconnaître l'effet direct d'une directive non transposée concernant une décision individuelle (CE 1978 Cohn-Bendit), contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence de la CJUE (CJCE 1974 Van Duyn). La portée des droits fondamentaux garantis par l'Union est limitée par le fait que la contrariété d'une norme réglementaire avec une directive ne constitue pas un moyen d'ordre public (CE 1991 Société Morgane) et par la limitation de l'invocabilité des principes généraux du droit de l'Union aux seuls litiges mettant en cause l'application du droit de l'Union aux seuls litiges mettant en cause l'application du droit de l'Union (CE 2001 Entreprise personnelle des transports Freymuth). En outre, le Conseil d'Etat refuse d'adresser une question préjudicielle à la CJUE selon la théorie de l'acte clair (CE 1964 Sociétés des pétroles Shell-Berre), ce que la CJUE admet lorsqu'il n'y a place pour « aucun doute raisonnable » (CJCE 1982 CILFIT) mais qui peut conduire à une moindre protection des droits fondamentaux ou du moins à l'absence de présomption de protection équivalente, dès lors que le Conseil d'Etat applique le droit de l'Union sans adresser de question préjudicielle à la CJUE (CrEDH 6 décembre 2012 Michaud c. France). Concernant le droit de la convention, le juge administratif en a d'abord limité la portée quant à son office de protection des droits fondamentaux, en refusant jusqu'en 1989 (CE 1989 Nicolo) d'effectuer un contrôle de conventionnalité sur les lois postérieures à un traité (CE 1968 Syndicat des fabricants de semoules). Limitant la portée des renvois préjudiciels à la CrEDH dès lors que celle-ci statue au-delà de la requête initiale (CE 1985 Office interprofessionnel des céréales), il n'est pas contraint de rouvrir un procès après une décision de la CrEDH invalidant sa jurisprudence antérieure (CE 2004 Chevrol).

L'application en droit national des normes européennes de protection des droits de l'homme est également en partie limitée au niveau constitutionnel, qui met en jeu l'articulation du respect du principe pacta sunt servanda en droit international avec la primauté de la Constitution en droit interne. Cette limite s'explique par l'existence de droits fondamentaux présents en droit interne et ne figurant pas

dans le corpus international ou européen, comme le principe de laïcité (article premier de la Constitution), celui de libre administration des collectivités territoriales (article 72) qui a été reconnu comme droit fondamental au sens de l'article L.S21-2 du code de justice administrative (CE 2001 Commune de Venelles) ou encore le principe d'indépendance des enseignants chercheurs, qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CC 1984). La contrariété entre la garantie des droits fondamentaux de niveau constitutionnel et celle de niveau international a par exemple été source d'une divergence de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et la CrEDH au sujet des lois de validation. Ayant été invalidée en 1999 (CEDH 1999 Zielinski c. France), la jurisprudence initiale du Conseil constitutionnel (CC 1980 Validation d'actes administratifs) n'a été complètement amendée que récemment (QPC 14 février 2014) alors que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat avaient aménagé leur jurisprudence dès 2001 et 2004 respectivement. Ces divergences peuvent remettre en cause l'effectivité des droits fondamentaux dès lors que les lois de validation garantissent pour une part la sécurité juridique des situations individuelles. Par ailleurs, la CrEDH a remis en cause dans plusieurs jurisprudences le principe constitutionnel de dualité juridictionnelle du droit français (CC 1987 Conseil de la concurrence), jugeant qu'il pouvait ralentir le cours du procès et porter atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la convention (CEDH 1997 Guillemin). L'insertion par le constituant à l'article 88-6 de la constitution apparaît au regard de cette évolution comme un mécanisme de protection de la marge nationale d'appréciation de l'Etat quant à l'étendue de l'intervention du droit de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux, en permettant de contrôler le respect du principe de subsidiarité (droit exercé par les Parlements nationaux pour la première fois en 2012).

Pour mettre en cohérence les différents régimes de protection des droits fondamentaux, le législateur et les juges ont recherché des mécanismes de conciliation à même de préserver à la fois les prérogatives nationales et la garantie la plus étendue des droits fondamentaux.

La conciliation des régimes de protection des droits fondamentaux s'est d'abord opérée au niveau « vertical », entre les droits nationaux et les droits européens. Cette évolution a notamment été permise par une jurisprudence riche des juges constitutionnel et administratif au cours des années 2000. Le Conseil constitutionnel, par une décision de 2004 (CC 2004 Loi relative à l'économie numérique), a d'abord dégagé la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » puis celle de « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » (CC 2006 Droits d'auteur) pour définir le périmètre de son contrôle à l'égard des textes européens, ainsi limité aux cas où le droit de l'Union n'offre pas de protection équivalente aux droits constitutionnellement garantis. Cette solution est la même que celle retenue par le juge constitutionnel allemand, dans ses décisions Solange II de 1986 et Solange III de 2000, après une réticence initiale formulée en 1974. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs retenu cette solution dans le cas de son contrôle a posteriori des lois (QPC 2010 Kamel D.) Le Conseil d'Etat procède également à une même « translation » (Matthias Guyomar) du droit national garantissant les droits fondamentaux sur le plan européen pour rechercher s'il existe une protection équivalente (CE 2007 Arcelor). L'intégration des garanties européennes et internationales dans l'office des juges nationaux est désormais complète. La question préjudicielle est désormais utilisée par le juge constitutionnel français, la première (QPC 4 avril 2013 Jérémie F.) ayant donné lieu à un dialogue des juges dont la réactivité constitue elle-même une garantie des droits fondamentaux (CJUE 30 mai 2014, et QPC 14 juin 2014). Le Conseil d'Etat applique pleinement les droits garantis par la convention, pouvant censurer une disposition réglementaire prise sur le fondement d'une loi contraire à ses dispositions, comme en matière de cristallisations des pensions (CE 2001 Ministre de la défense c. Diop). Le législateur est également intervenu pour renforcer l'effectivité des droits fondamentaux, par exemple en prévoyant la réouverture du procès en cas de décision contraire de la CEDH en matière pénale, avec la loi du 30 juin 2000.

Les droits fondamentaux inscrits dans le pluralisme juridique des normes applicables ont aussi été mis en cohérence au niveau « horizontal », entre droit de l'Union et droit de la CEDH. Si cette conciliation a pu être en partie l'œuvre du juge national (CE 2008 Conseil national des barreaux), elle a surtout été permise par la reconnaissance de la protection équivalente par les deux juridictions européennes. Les droits de la convention sont ainsi garantis en tant que principes généraux du droit de l'Union européenne (CJCE 2002 Limburgse Vinyl Maatschappij) et la CEDH formule une présomption simple de protection équivalente des droits de la convention par le droit de l'Union (CEDH 2005 Bosphorus). La Cour européenne des droits de l'homme a plus récemment conduit sa jurisprudence à garantir l'application du droit de l'Union par les juges nationaux eux-mêmes. Ainsi, elle a jugé que les juges nationaux, en particulier le Conseil d'Etat et la Cour de cassation de Belgique (mais on peut présupposer que cette jurisprudence puisse s'appliquer dans le cas de la France), étaient tenus de motiver leur refus de poser une question préjudicielle à la CJUE, en se fondant sur l'article 6 § 1 de la convention, et alors que cette question préjudicielle avait fait l'objet d'une demande de la part des requérants.

Malgré des difficultés initiales, le pluralisme juridique, en particulier au niveau européen, a donc pu donner lieu à une mise en cohérence des régimes de protection des droits fondamentaux tant au niveau national qu'au niveau des deux juridictions européennes. Il convient dès lors de s'interroger sur l'apport matériel qu'a pu permettre une telle harmonisation, les enjeux de ce pluralisme n'étant pas seulement juridiques ou « théoriques » mais ayant des répercussions concrètes pour les individus.

\*

Si la conciliation des différents régimes juridiques de garantie des droits fondamentaux permet aujourd'hui un enrichissement mutuel du contenu et des modes d'effectivité de ces droits, des formes de concurrence entre les normes plurielles sont encore possibles, appelant un approfondissement du dialogue des droits européens.

Le pluralisme juridique, désormais consenti voire recherché, favorise une garantie plus étendue des droits fondamentaux et un enrichissement réciproque des droits nationaux et européens.

Les droits fondamentaux ont en partie pu être redéfinis sous l'effet du pluralisme juridique. S'il faut nuancer ce constat car une forme de convergence existait avant l'émergence des mécanismes communautaires et internationaux de conciliation, par exemple avec le principe de proportionnalité dans la garantie des droits individuels face aux polices nationales (Cour suprême de Prusse, décision de 1882 et CE 1993 Benjamin), il est certain que le pluralisme juridique a permis d'imposer en droit interne des nouvelles garanties. La sécurité juridique, comme principe autonome tout du moins, en fait partie, reconnue par le Conseil d'Etat comme principe général du droit (CE 2006 KPMG) et inscrite par ailleurs dans la Constitution espagnole de 1978 et reconnue par la CJUE (CJUE 1962 Bosch) et la CEDH (CrEDH 1979 Marckx c. Belgique). La dignité de la personne humaine, inscrite à l'article premier de la Grundgesetz allemande de 1949 et à l'article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en est un autre exemple, ayant récemment la validation de l'interdiction du spectacle de Dieudonné M'Bala M'Bala (JRCE 9 et 11 janvier 2014). Si la décision de la CEDH sur cette affaire permet de mesurer l'éventuelle différence de conception de la liberté d'expression entre le droit français et le droit de la convention, il n'en demeure pas moins que la CEDH a déjà jugé conforme la loi de 1990 dite « Gayssot » interdisant la négation du génocide établi par le tribunal de Nuremberg (CEDH 2003 Garaudy c. France).

Cette convergence des garanties des droits fondamentaux, malgré les différences d'appréciation qui persistent entre les différentes juridictions et les différents Etats, va certainement dans le sens d'un droit plus subjectif. Le pluralisme juridique soulève alors les enjeux d'influences réciproques des droits nationaux. Le droit français a ainsi pu jouer un rôle d'influence dans la définition des

mécanismes de protection des droits fondamentaux, par exemple avec la technique des principes généraux du droit ou avec la loi de 1978 relative à l'informatique et aux libertés, dont plusieurs dispositions ont été reprises dans la directive de 1995 sur les données personnelles. Plus récemment, la CJUE a orienté sa jurisprudence vers une éventuelle reconnaissance d'un régime de responsabilité sans faute au niveau de l'Union, sans pour autant le consacrer comme tel, du fait de l'absence de consensus parmi les Etats membres sur ce sujet (CJCE 2008 FIAMM). Néanmoins selon Michel Froment dans un article de 2008 paru dans la revue française de droit administratif, ce « formidable mouvement d'union de pensée et de sentiment » qui émerge en Europe pour la protection des droits fondamentaux se fait désormais davantage sous l'influence du droit allemand, par exemple avec l'extension du principe de confiance légitime. Sans le consacrer explicitement, le Conseil constitutionnel s'y est récemment référé (CC 2012 Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013). De nouveaux droits sont également associés à une meilleure effectivité pour les justiciables permettant à l'action du législateur national d'être complète par la jurisprudence européenne. C'est par exemple le cas du droit au logement opposable (DALO), pour lequel la CEDH a récemment jugé que le versement des astreintes par l'Etat français ayant été condamné par une juridiction nationale ne constitue pas une modalité d'exécution de la décision (CE 2015 Mme Tchokontio Hapi).

La complémentarité et la cohérence des régimes de protection des droits fondamentaux n'est cependant pas parachevée et appelle la poursuite du mouvement de redéfinition des équilibres juridiques nationaux et européens et l'approfondissement du dialogue des juges.

Plusieurs contrariétés potentielles des régimes pluriels de garantie des droits fondamentaux limitent l'établissement d'un ordre juridique européen de ces droits. Concernant l'articulation du droit de l'Union et du droit de la CEDH, le problème de l'adhésion de l'Union à la convention demeure actuellement un obstacle à l'effectivité des droits garantis par la convention au niveau du droit de l'Union. En 1996, la CJCE a rendu un avis défavorable à cette adhésion, laquelle a finalement été explicitement prévue par le traité de Lisbonne à l'article 6 § 2 du traité de l'Union (TUE). Néanmoins, l'avis rendu par la CJUE le 18 décembre 2014, qui a valeur contraignante en vertu de l'article 18 § 11 du TFUE, soulève plusieurs incompatibilités entre le principe d'une adhésion et le respect des principes de primauté du droit de l'Union et le monopole de juridiction de la CJUE en matière d'interprétation du droit de l'Union ou de conflits entre Etats-membres. En particulier, la Cour souligne que le projet d'accord qui lui a été soumis « exclut la possibilité de saisir la Cour » par la CrEDH, ce qui aurait pu constituer un moyen de conciliation des deux ordres juridiques. Par ailleurs, le problème du champ d'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union pourra susciter à l'avenir des variations dans les jurisprudences nationales, après la décision rendue par la CJUE à ce sujet (CJUE 26 février 2013 Akerberg Fransson) La Cour précise en effet que le critère organique d'application de la charte est suffisant pour les organes et institutions de l'Union mais nécessaire et non pas suffisant pour les Etats-membres, pour lesquels le litige doit être également régi par le droit de l'Union. Cette question juridique a des implications très concrètes, comme l'illustre la décision CE 2015 Monsieur B. par laquelle le Conseil d'Etat juge que « le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 de la charte est inopérant » s'agissant du respect de la liberté de conscience et du mode d'alimentation en milieu pénitentiaire. Enfin, des équilibres dans la définition des marges d'appréciation du juge pour la définition de son office peuvent encore être appelés à changer, comme le montre la décision du Conseil d'Etat de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse pour garantir un approvisionnement en médicaments, alors que la CJUE ne l'y a pas autorisé expressément (CE 23 juillet 2014 Société Octapharma France), ce qui est en partie en contradiction avec une jurisprudence précédente (CE 2014 Association Vent de colère).

Pour approfondir la garantie des droits fondamentaux au sein du pluralisme juridique et en respectant les marges nationales d'appréciation, il convient de renforcer les mécanismes de dialogue, entre droits nationaux et européen. Les protocoles additionnels 15 et 16 de la CEDH, signés en 2013 par

la France, permettront respectivement la reconnaissance explicite de la marge nationale d'appréciation des Etats et l'instauration d'une question préjudicielle adressée à la CEDH. Dans son discours du 10 avril 2015, Jean-Marc Sauvé souligne que la reconnaissance des marges nationales d'appréciation, à la fois de la CJUE envers le juge national et de la CEDH envers le législateur national, sont des mécanismes essentiels pour garantir à la fois la reconnaissance mutuelle des ordres juridiques et pour améliorer le dialogue des juges. La reconnaissance par la CEDH du rôle de garantie des droits fondamentaux joué par le rapporteur public (CEDH 2013 Marc-Antoine) a par exemple renforcé les garanties offertes aux individus en harmonisant les décisions des juridictions.

\*

\*

\*

Le pluralisme juridique, en dépit des difficultés juridiques, des enjeux de souveraineté et des problématiques de définition des droits fondamentaux eux-mêmes, concourt à une garantie étendue parce que plurielle des droits des individus. Les modalités de cette évolution du droit ne sont pas complètement définies, malgré les grandes avancées permises par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel au cours des dix dernières années. L'élaboration envisagée par le Conseil de l'Europe d'un « statut européen » du lanceur d'alerte, initiée par une recommandation d'avril 2014, et les difficultés qu'elle rencontre, l'illustre pleinement.