

Directeur honoraire
Jacques Robert
Professeur émérite de l'Université
Paris-Panthéon-Assas,
Président honoraire
de l'Université

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
CONSTITUTIONNELLE
ET DE SCIENCE
POLITIQUE
TOME 167

Dirigée par
Dominique Rousseau
Professeur de droit public
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
Membre honoraire de l'Institut
universitaire de France

L'ABUS DE DROIT FONDAMENTAL

Jonas Guilbert

Préface de
Xavier Bioy

L G D J

un savoir-faire de
lextenso

Directeur honoraire
Jacques Robert
Professeur émérite de
l'Université
Paris-Panthéon-Assas,
Président honoraire
de l'Université

BIBLIOTHÈQUE
CONSTITUTIONNELLE
ET DE
SCIENCE POLITIQUE
TOME 167

Dirigée par
Dominique Rousseau
Professeur de droit public
Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne,
Membre honoraire
de l'Institut universitaire
de France

L'ABUS DE DROIT FONDAMENTAL

Jonas Guilbert

Docteur en droit

Préface de
Xavier Bioy

Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole

Bibliothèque constitutionnelle et de science politique fondée par Georges Burdeau
Professeur honoraire de l'Université de droit, d'économie,
et de sciences sociales de Paris

LGDJ

un savoir-faire de
lextenso



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275118000
ISSN : 0523-4948
Collection : Thèses

*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, Nessim, 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.

PRÉFACE

L'extension continue de la « logique » des droits fondamentaux dans les ordres juridiques européens, sous l'influence parfois décriée de la Cour de Strasbourg, se réalise un peu plus chaque jour, à la fois dans les textes et dans la jurisprudence, mais encore dans l'imaginaire collectif de la doctrine. L'étudiant qui fréquentait les bancs des facultés de droit dans les années 1990 ignorait encore presque tout de ce phénomène qui ira grandissant sous les doubles auspices européens et constitutionnels, se dotant de concepts propres, rapidement élaborés à partir des travaux principalement allemands, italiens et américains. Principe et contrôle de proportionnalité, contrôle concret, équivalence des protections et obligation de *standstill*, effet horizontal, bénéficiaires et titulaires, opinions séparées des juges, etc. Autant de notions devenues plus ou moins familières en une génération de juristes. Pourtant elles agacent encore en ce qu'elles troublent le légicentrisme, l'égalité formelle et l'art de la motivation sibylline, le caractère tubulaire de nos enseignements facultaires, si chers au pays de Jean-Jacques Rousseau et des codes.

Exigence rêvée au sortir de la Seconde Guerre mondiale, socle du néoconstitutionnalisme, et pourtant aujourd'hui à peine à maturité, les droits fondamentaux et leur doctrine se trouvent donc contestés de toutes parts, en particulier quant à l'évanescence de leurs limites. Les esprits s'échauffent. Résonne alors la critique des droits de l'Homme¹ (devenant d'ailleurs maladroitement « droits humains » au nom d'un universalisme toujours plus inclusif et paradoxalement expansif). Les droits fondamentaux, étendus de l'individu aux personnes morales et aux groupes, sont accusés par les uns de manifester un véritable impérialisme, face arrogante d'un dangereux individualisme faisant fi du « vivre ensemble ». Droits libertaires ou libéraux confondus, fer-de-lance de minorités destructrices du lien social, les droits déstructureraient « Le Droit » et menaceraient la démocratie². On dénonce la fin de la Loi, de la souveraineté, ainsi que le gouvernement des juges accusés de généraliser un contrôle en équité, évidemment source d'insécurité juridique et de déstabilisation des identités propres aux branches du droit et à leurs commentateurs autorisés. Parfois même, le mouvement des droits alimenterait les menaces pesant sur l'environnement, donnant une lecture anthropocentrée déjà dépassée, faisant du droit à un environnement sain

1. Not. Antonino Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, vol. 124, n° 2, 2003, pp. 58-72 ; *Refonder les droits de l'homme – Des critiques aux pratiques*, S. Touzé et E. Dubout (dir.), Pedone, 2019 ; Edouard Dubout, *Les droits de l'homme dans l'Europe en crise*, Pedone, 2018 (Institut des hautes études internationales de Paris, Cours et travaux ; 21) ; Xavier Dupré de Boulois, « La critique doctrinale des droits de l'homme », *Revue des Droits et Libertés Fondamentales* (en ligne), 2020, chron. n° 38.

2. Not. *Actes du colloque Etat de droit et démocratie*, févr. 2022, Sénat éd., 2022.

une impasse indésirable. Partout, les tenants de l'« illibéralisme » décrient un mouvement qui vivrait sans maîtrise et sans limites³.

Certes, on pourra parfois s'étonner de positions avancées des juges ou de groupes politiques prêts à la surenchère en matière de libéralisation des mœurs ou de l'économie. On pourra aisément révéler et critiquer les déséquilibres risqués qui semblent sacrifier notre sécurité collective sur l'autel des libertés. Mais cela ne signifie nullement que les droits fondamentaux seraient sans conscience. Ils amènent certainement avec eux toutes sortes de limites et leur triomphe paraît bien fantasmé à son tour. Entre absence de concrétisation, inaccessibilité ou inefficacité des voies de droit, les droits ne saturent pas encore l'espace juridique⁴. Les juges craignent plus d'y recourir qu'ils n'affrontent la pensée de leurs limites, de la possibilité de les nourrir autant que d'y renoncer.

L'objet de la présente publication, issue d'une thèse de doctorat en droit soutenue à l'Université Toulouse Capitole le 8 décembre 2021, porte justement sur une limite majeure des droits, que même notre droit français n'a pas matérialisée : l'abus de droit fondamental. L'expression se présente immédiatement dans l'ambiguïté, mais elle appartient bien aux textes et signale que toute revendication individuelle ne relève pas nécessairement d'un droit fondamental.

L'article 17 de la Convention européenne intitulé, dans sa version française « Interdiction de l'abus de droit » (Prohibition of abuse of rights), stipule qu'« aucune des dispositions de la (...) 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 (...) Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention ». Louis Antoine de Saint-Just aurait sans doute résumé ces dispositions par sa célèbre formule « pas de liberté pour les ennemis de la liberté ». Nul ne peut se prévaloir des droits contre le système qui les garantit.

Certes, l'expression « d'abus de droit » existe déjà dans notre droit français. La doctrine civiliste du début du xx^e nous a familiarisés avec cette formule⁵ qui révèle que le droit objectif ne saurait être « tordu », c'est-à-dire soit détourné de sa finalité d'intérêt général, soit si exagérément mobilisé que se crée un déséquilibre flagrant dans la relation de droit, au détriment d'autres intérêts. Le concept de l'abus de droit vient alors sanctionner, l'acte qui, en apparence, constitue l'exercice d'un droit particulier, mais qui se révèle, en réalité, contraire aux buts du phénomène juridique dans son ensemble, que ce soit en raison des intentions, des moyens ou des fins qui le gouvernent. Un individu « tire la couverture » à lui en pariant que son intérêt propre trouve dans les dispositions du droit un fondement total et légitimant. En est-il de même d'un système de droits subjectifs comme les droits fondamentaux ? Peut-on

3. Xavier Bioy, « Le juge gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux ? » in Jordane Arlettaz et Julien Bonnet (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux – Du juge des droits au juge du droit ? – Actes du colloque du 12 décembre 2014*, collection des « Publications de l'Institut International des droits de l'homme », Pedone, 2015.

4. Diane Roman, *La cause des droits, Écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2022.

5. Raymond 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 ; Joseph Charmont, « L'abus de droit », *RTD civ.*, 1902, p. 113 ; Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits* (1927), Dalloz, 2^e éd., 1939.

vraiment abuser d'un droit que vous confient les sources les plus importantes du système juridique ? Ne pas en « abuser » revient-il à y renoncer pour partie ?

La thèse de Jonas Guilbert a pour ambition de répondre à ces redoutables interrogations qui renouent donc avec des réflexions plus anciennes, mais aujourd'hui mobilisables à nouveaux frais, dans ce contexte de débats relatifs à la légitimité des droits. Au terme d'une analyse sémantique de diverses sources juridiques, spécialement la jurisprudence de la Cour EDH, l'auteur tire une première conclusion de sa recherche : la formule « abus de droit » constitue un véritable abus de langage et désigne, en réalité, « l'abus de la prétention factuelle à exercer un droit ». Car, en effet, à proprement parler, on n'abuse pas d'un droit, mais on tente de faire reconnaître une ambition nuisible aux droits comme étant un de ces droits. Il revient alors aux interprètes de la Convention de déjouer ce fait accompli subversif. L'abus de droit désignerait ainsi la dénonciation d'un « troyen » venu détourner le sens de la « fondamentale » d'une prérogative subjective. En est-il alors de l'abus de droit fondamental comme de l'abus de tout autre droit ? N'est-on qu'à un degré différent de la hiérarchie des normes mais avec un semblable raisonnement ? Ou le « discours de la fondamentale » crée-t-il un ensemble différent, remplissant un rôle interprétatif spécifique ? Comme Dworkin, fallait-il prendre les « droits au sérieux »⁶ ? La réponse ne relève pas de l'ordre de la simple observation du droit positif mais de l'inclusion de ce dernier dans un ensemble plus vaste, celui de la signification même du « fondamental », qui détermine en réalité un sens propre de cet abus. L'abus de droit ne se comprend pas seulement, de manière inductive, par l'agrégation des décisions et motivations des jurisprudences européennes ou nationales comparables. Il apparaît comme concept en y associant le contexte doctrinal, politique et social qui concrétise ce que les sources de droit offrent sous la dénomination d'abus de droit. L'article 17 de la Convention EDH et ses raisonnements comparables ne s'analysent pas comme une déclinaison des théories civilistes sur des droits nouveaux, mais comme une notion propre et autonome davantage conditionnée par la spécificité des droits fondamentaux comme « principes » que par une simple disproportion d'usage par rapport à d'autres droits en conflit. Dès lors, l'abus de droit s'établit *a posteriori* et non pas *a priori* ; le contrôle porte sur l'usage revendiqué, prétention potentiellement provocatrice. Le concept suppose, pour le destinataire des droits fondamentaux, la liberté première de l'usage, quitte à ce que le juge disqualifie cet usage, *a posteriori*, comme n'étant pas l'exercice d'un droit fondamental. Il faut donc faire attention : si la proportionnalité est effectivement le concept central de la fondamentale, le risque serait grand de tout mettre sous ce concept et de confondre tout intérêt social pratique avec un droit fondamental. C'est donc de la compréhension objective de ce qu'on entend par fondamentale que dépendent la méthode et la solution.

La démarche de recherche impliquait donc de choisir un paradigme et une méthode permettant de placer la notion d'abus de droit fondamental dans un contexte discursif plus global qui donne une même réalité au concept de « fondamentale ». La méthode importait donc au premier chef, car elle conditionnait la visibilité spécifique

6. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1977.

de l'objet ainsi hypothétiquement circonscrit. De manière assez originale, en tout cas dans le contexte de la doctrine française, Jonas Guilbert a pensé mobiliser des auteurs du courant pragmatique. Courant de la philosophie déjà différemment mobilisé, notamment par des juristes dits de « l'École de Bruxelles » ou d'autres⁷.

S'agissant du pragmatisme, dont le père fondateur serait l'américain Charles Sanders Peirce (1839-1914), il est ainsi résumé : « 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 »⁸. Peirce préférerait d'ailleurs l'expression « pragmaticisme », pour se démarquer de la lecture trop matérialiste et utilitariste d'autres auteurs. Le réalisme sémiotique du pragmatisme de Peirce le différencie également des philosophies par trop idéalistes et spéculatives, pour mieux l'ancrer dans un système logique général. Selon l'une des Françaises qui relaie ce courant, et sur les travaux de laquelle s'appuie le présent ouvrage, Claudine Tiercelin⁹ : il s'agit de « passer 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 ». Le présent ouvrage amène donc à une rencontre intellectuelle avec Peirce, et surtout avec la lecture qu'en propose Claudine Tiercelin, sans doute au détriment d'autres auteurs qui se revendiquent du pragmatisme, ou de l'usage du raisonnement abductif¹⁰ en droit.

La méthode pragmatiste adoptée par Jonas Guilbert se démarque largement de l'usage dans la doctrine juridique française, laquelle est jugée ici « majoritairement nominaliste et non réaliste ». L'idée est d'identifier dans le discours des propriétés réelles : observer le phénomène des droits fondamentaux pour en tirer une nature. S'il y a des manières d'être du discours, différentes selon les axiologies préalables (par la prise en compte du contexte), il est possible d'identifier des propriétés structurelles communes. Ainsi, une communauté d'interprétation fait la réalité de l'objet, un langage, une architecture conceptuelle, des méthodes, des valeurs, etc. Une telle étude aurait d'ailleurs pu être menée dans le cadre d'une approche connexe menée par le courant herméneutique et mobilisant le concept de « tradition » pour « comprendre » l'élaboration du « préjugé » de fondamentalité¹¹. Le pragmatisme de Peirce, qui s'intéresse aux conséquences pratiques concevables pour identifier l'objet d'une conception, suppose qu'il est possible de connaître les valeurs et donc la nature de la fondamentalité. Il importe donc de distinguer la structure conceptuelle et langagière du discours des droits fondamentaux et son infrastructure dogmatique (notamment

7. Alain Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction – l'exemple du droit international privé*, Bruylant-LGDJ, Schulthess, 2003.

8. C.S. Peirce, *La maxime du pragmatisme*, 1903.

9. C. S. Peirce et le pragmatisme, PUF, 1993 ; « Pourquoi le pragmatisme implique le réalisme », *Cahiers philosophiques*, vol. 150, n° 3, 2017, pp. 11-34.

10. Sylvie Catellin, « L'abduction : une pratique de la découverte scientifique et littéraire », *Hermès, La Revue*, vol. 39, n° 2, 2004, pp. 179-185 : « Charles S. Peirce, philosophe et logicien américain, a introduit la notion d'abduction en épistémologie, en reprenant les 3 types de raisonnement proposés par Aristote la déduction, l'induction, l'abduction : « étant donné un fait B et la connaissance que A implique B, A est une abduction ou une explication de B » (...) L'abduction infère quelque chose de différent de ce qui est observé, et souvent quelque chose qu'il nous serait impossible d'observer directement, alors que l'induction infère des phénomènes semblables et n'a en soi aucune originalité. L'abduction conduit ainsi à la découverte des causes, l'induction à la découverte des lois ».

11. Jean Grondin, *L'horizon herméneutique de la pensée contemporaine*, Vrin, 1993 ; Xavier Bioy et Thomas Escach-Dubourg, « A Hermeneutic Reading of Law and Legal Theory : Regarding Paul Ricœur », in *Meta-theory of Law*, Mathieu Carpentier (Dir.), ISTE Ltd – WILEY, 2022, pp. 235- 265.

l'influence philosophique à laquelle renvoient les Droits de l'Homme). De manière intriquée, le concept de l'abus de droit permet d'identifier le pouvoir des destinataires des normes d'influer sur le sens des droits lorsqu'ils en font un usage audacieux, lequel permet de signifier le droit en question. En influant ainsi sur le sens de la fondamentalité, lui et son juge contribuent au discours structurel, notamment celui de la démocratie.

Le paradigme « pragmatiste », comme théorie de signification des concepts, devait d'abord s'appliquer à la fondamentalité avant de s'intéresser à l'abus de droit fondamental lui-même. Le travail prétend identifier une ontologie de la fondamentalité en tant que discours et finalement en tant que logique, puis le droit fondamental comme dispositions à agir valides, c'est-à-dire, conformes à cette logique. Cela implique le caractère connaissable de la finalité du droit et la nature objective des droits fondamentaux. L'abduction y est mise en œuvre : on part des conséquences du concept dans le langage du droit positif et on remonte à l'action prétendue du concept comme cause des conséquences observables. Les présupposés métaphysiques peirciens permettraient de connaître des valeurs comme objets discursifs réels, connaissables en étudiant les conséquences pratiques concevables qu'elles impliquent. Le concept de l'abus de droit fondamental revêt alors une essence de raisonnement : la contextualisation pragmatique de l'usage prétendu d'un droit au regard du discours de la fondamentalité. Ainsi, dans le langage du droit, la notion de l'abus de droit fondamental permet d'exclure les faits sociaux qui ne respectent pas les *règles constitutives*¹² de la fondamentalité (valeurs objectives, minimum de coopération sociale, etc.) portées par le langage des droits fondamentaux : « 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 fondamentalité, autant que le sens concret de la fondamentalité 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 », écrit J. Guilbert.

Le plan de l'ouvrage révèle cette logique. Dans la perspective pragmatiste, le contexte discursif permet d'appréhender la logique du concept. L'abus de droit ne se comprend que dans cet ensemble. M. Guilbert privilégie ainsi une approche conceptuelle de son objet, mais qui se trouve effectivement nourrie par l'enseignement des décisions de la jurisprudence. Le concept se charge ainsi de sens à mesure qu'il produit des effets. Les valeurs sont aisément identifiables au regard de l'usage de l'abus de droit par la Cour EDH. Le système repose sur une certaine conception de la vérité en tant qu'elle guide les croyances. L'architecture juridictionnelle et dogmatique témoigne d'un travail de recherche du « vrai en droit ». Dans une première partie, M. Guilbert s'attache à identifier un concept d'abus de droit fondamental pour, dans une seconde partie, en analyser l'intérêt à la fois normatif et cognitif au sein de ce qu'il qualifie de « discours de la fondamentalité ».

L'objet de la première partie de la thèse est donc de parvenir à une signification du concept de l'abus de droit fondamental, au terme d'une démarche abductive. Il est

12. « 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 ? » in *Philosophy in America*, M. Black (éd.), Ithaca, Cornell UP, 1962, trad. B. Ambroise in *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte* B. Ambroise et S. Laugier (dir.), Vrin, p. 269).

question de la généalogie de la fundamentalité, des critiques formulées à son égard dans le champ philosophique, des incertitudes dans la définition de cette fundamentalité et les fonctions du discours de la fundamentalité. Les développements relatifs à l'essor des droits fondamentaux et des représentations doctrinales qui l'entourent paraîtront peut-être superfétatoires à certains ; mais, outre qu'ils sont souvent remarquables de par la maturité et la hauteur de vue, ils sont indispensables à la compréhension du contexte interprétatif spécifique aux droits fondamentaux, comme ensemble de « préjugés » (au sens positif de Gadamer¹³) donnant sens à toute interprétation qui doit être reçue par une communauté de destinataires. Dans cette communauté d'interprétation, comme hypothèse explicative réelle, cohabitent les interprètes authentiques, au sens kelsenien, mais aussi la doctrine, les destinataires des normes, ou encore des acteurs au discours plus politique sur le sens des droits. Ainsi, même si le juge administratif s'est montré réticent et n'épouse pas nécessairement la doctrine de la Cour EDH, il a été profondément influencé par l'architecture conceptuelle de ce discours, notamment le concept de proportionnalité. Ce premier temps du travail établit effectivement que le concept d'abus de droit fondamental, bien au-delà de sa présence explicite dans le discours juridique, est essentiel à la détermination de la signification même des droits fondamentaux. Claire et convaincante, la thèse affirme que l'abus de droit fondamental est une prétention à tort d'exercer un droit que l'on n'a pas. Dès lors, l'auteur conclut sa première partie en rappelant que « 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 ».

La seconde partie poursuit alors l'analyse pour mettre en valeur l'intérêt tant normatif que cognitif de ce concept. Elle consiste en une phase déductive qui opère la confrontation du concept hypothétique d'abus au droit positif. Dans le premier aspect, le concept permet de faire le départ entre celles des prétentions individuelles justifiées à l'usage de droits fondamentaux et celles qui ne le sont pas ; tandis que dans le second, le concept est lu du point de vue de ses vertus épistémiques, au regard des conditions démocratiques de l'ordre même du discours de la fundamentalité. Il appelle l'arbitrage entre le caractère abusif, et le caractère seulement excessif d'une prétention. Selon l'auteur : « 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 : d'un point de vue normatif, ces usages sont des prétentions ; 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, ce que l'on peut en dire ».

Le concept proposé se présente donc, aussi, comme un complément du principe de proportionnalité. Alors que la proportionnalité a vocation à jouer une fois établie

13. Hans-Georg, Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Édition intégrale revue et complétée par Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gilbert Melh, Paris, Seuil, 1996.

l'existence d'une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental, et ce, afin d'évaluer son éventuelle justification au regard d'autres intérêts légitimes, l'abus de droit fondamental interviendrait en amont, quant à décider de l'existence même d'une telle ingérence. À ce stade, la personne ne peut se prévaloir d'un droit mais aspire à ce que son comportement s'inscrive dans les virtualités d'un droit. L'abus s'intéresse à la question de savoir s'il y a un droit, avant d'apprécier la validité de l'ingérence qui le réduit.

L'abus de droit joue donc sur le plan de la recevabilité de la requête. En cas d'abus, le juge constate l'absence d'ingérence dans un droit reconnu par la Convention européenne et refuse donc de mettre en œuvre un raisonnement de proportionnalité proprement dit. Pourtant, selon M. Guilbert, on peut trouver des illustrations de l'abus dans d'autres situations. Les résultats de la recherche peuvent ainsi dérouter, notamment en révélant que la logique de l'abus de droit est à l'œuvre dans des arrêts qui l'ignorent, et qui ont exclu l'abus en admettant la recevabilité de la requête. La thèse propose même de résoudre autrement que le juge le fit certaines affaires dans lesquelles l'abus de droit aurait dû jouer. Certains membres du jury de soutenance ont ainsi critiqué la proposition du candidat d'utiliser (contrairement à la Cour européenne) l'abus de droit dans la jurisprudence *SAS c/ France*, concernant la dissimulation du visage dans l'espace public.

Comme le disait l'un des examinateurs lors de la soutenance, la thèse de Monsieur Guilbert, la proposition qu'il formule d'un concept, invite à réfléchir à l'opportunité de réévaluer la place de l'abus de droit au sein des manuels et traités relatifs aux droits fondamentaux. On peut surtout se féliciter du fait qu'elle alimente un regain d'intérêt en France pour la théorie des droits et libertés et non seulement leur description, critique militante ou relégation comme discours fumeux. Elle prend sa place dans la construction progressive d'une discipline ; le mot renvoyant à un objet co-construit par une communauté de chercheurs. Si le droit des libertés concerne des normes à la portée transversale et intéresse tous les spécialistes des différents corpus juridiques attachés aux codes, traités internationaux ou corpus jurisprudentiels, si, sous cet aspect, il ne constitue pas d'emblée une discipline, l'effort doctrinal et théorique, déjà très avancé ailleurs en Europe, contribue à constituer un objet identifié et une réflexion propre qui ressemble de plus en plus à une discipline¹⁴. Un objet reliant différentes notions du droit, des concepts pour les décrire de manière universelle, un ensemble d'auteurs s'y employant, forment un tel ensemble disciplinaire.

Le travail que le lecteur va maintenant pouvoir découvrir se veut donc profondément original dans le paysage français. Il en dit long sur l'audace de son auteur, Jonas Guilbert, qui a effectué, à l'Université Toulouse Capitole, un parcours exemplaire en licence et master, sanctionné par de constantes mentions de haut niveau et le diplôme du Collège supérieur du droit. Il a été vice-major de la première promotion du Master « Droit des libertés » et a naturellement bénéficié d'un contrat doctoral pour effectuer sa recherche, laquelle a tenu dans le cadre exemplaire de quatre années. Il a enseigné le droit des droits fondamentaux, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit

14. Jean Boutier, Jean-Claude Passeron, Jacques Revel, *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Éd. de l'EHSS, coll. Enquêtes, 2006.

international et européen des droits de l'homme, ainsi que divers modules et conférences relatives à la liberté de religion dans le cadre du DIU « Normes et Religions ». Il a publié notes et articles dans le champ de la liberté d'expression, principalement. Dans chacune de ces actions, il a mobilisé son intelligence des situations, son esprit critique, sa forte capacité de travail et son engagement intellectuel.

Le jury, composé des professeurs Benoit FRYDMAN (Université libre de Bruxelles), Xavier DUPRE DE BOULOIS (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (Université Paris Nanterre), Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (Université Paris Nanterre), Mathieu CARPENTIER (Université Toulouse 1 Capitole), et Xavier BIOY (Université Toulouse 1 Capitole, directeur des recherches) a d'ailleurs salué l'effort innovant de méthode et l'originalité des résultats ainsi obtenus.

Xavier BIOY
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Vice-Doyen de la Faculté de droit
Institut Maurice Hauriou

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AJDA :	Actualité juridique du droit administratif
APD :	Archives de philosophie du droit
ass. plén. :	Assemblée plénière
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. :	confer
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	Convention américaine relative aux droits de l'homme
ADH :	
Convention	Convention européenne des droits de l'homme
EDH :	
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

REMERCIEMENTS	7
PRÉFACE	9
INTRODUCTION GÉNÉRALE	21
 PARTIE I	
L'IDENTIFICATION DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT AU SEIN DU DISCOURS DE LA FONDAMENTALITÉ	49
Titre I : Le champ énonciatif du concept de l'abus de droit fondamental : le discours de la fundamentalité	51
Chapitre 1. L'infrastructure du discours de la fundamentalité : les raisons du concept de l'abus de droit fondamental.....	53
Chapitre 2. La structure du discours de la fundamentalité : la logique du concept de l'abus de droit fondamental.....	87
Titre II : L'identification abductive du concept de l'abus de droit fondamental.....	133
Chapitre 1. La compréhension abductive du concept de l'abus de droit fondamental	135
Chapitre 2. La spécification abductive du concept de l'abus de droit fondamental	209
 PARTIE II	
LE DÉPLOIEMENT DU CONCEPT DE L'ABUS DE DROIT AU SEIN DU DISCOURS DE LA FONDAMENTALITÉ	247
Titre I : Le concept de l'abus de droit et les enjeux normatifs de la fundamentalité.....	249
Chapitre 1. L'intérêt du concept de l'abus de droit pour l'activité normative pratique de la fundamentalité	251
Chapitre 2. L'intérêt de la notion de l'abus de droit aux fins de préserver le discours de la fundamentalité	291
Titre II : Le concept de l'abus de droit et les enjeux cognitifs de la fundamentalité.....	325

Chapitre 1. Des enseignements du concept de l'abus de droit sur la signification des droits fondamentaux	327
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 ...	363
CONCLUSION GÉNÉRALE	395