

## DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

### FICHES N°5 : LES SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- **Bibliographie** : - Revue Jus Politicum, n°5 et 7. - JP Blog, le blog de Jus Politicum [www.blog.juspoliticum.com] - P. WACHSMANN, Libertés publiques, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2009. - D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 9ème éd., Paris, Montchrestien, 2010. - L. FAVOREU, L. PHILIP et al., Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 16ème éd., Paris, Dalloz, 2011. - M. VERPEAUX et al., Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence, Paris, PUF, 2010.

- **Articles pouvant servir de support au cours** : - D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle » in Jus Politicum, n°7, 2012 (<http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html>) ; « Le langage de l'éternité. Le Conseil constitutionnel et l'absence de contrôle des amendements à la constitution » (en anglais) in Jus Politicum, n°5, 2010 (<http://juspoliticum.com/The-language-of-eternity.html>) ; « Comprendre le « bloc de constitutionnalité », in Jus Politicum n°21, (<http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>).

#### I- Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité

**DOCUMENT 1** : Conseil Constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

**DOCUMENT 2** : J. Rivero, « Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? » in Recueil Dalloz Sirey, Chronique, 1972, p. 265-268.

**DOCUMENT 3** : Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-157 QPC du 05 août 2011, Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]

**DOCUMENT 4** : Conseil Constitutionnel, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974.

**DOCUMENT 5** : Conseil Constitutionnel, décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.

**DOCUMENT 6** : Conseil Constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation (extrait).

**DOCUMENT 7** : Conseil Constitutionnel, décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle (extrait).

**DOCUMENT 8** : Conseil Constitutionnel, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie (extrait)

**DOCUMENT 9** : Conseil Constitutionnel, décision n°2018-717/718 QPC du 16 juillet 2018, M. Cédric H. et autre

## **II- Un « bloc de constitutionnalité » ?**

**DOCUMENT 10** : S. Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République » in R.D.P., 1984, p. 587-606.

**DOCUMENT 11** : G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » » in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : colloque des 25 et 26 mai 1989 du Conseil constitutionnel, P.U.F., Paris, 1989, p. 35-73 (extraits).

**DOCUMENT 1** : Conseil Constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déférée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971

;

2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

3. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

4. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

5. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

6. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

Article 2 :

Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

## Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?

Au temps où les citations latines fleurissaient aux pages roses du Larousse, on disait : « Habent sua fata libelli ». Les textes juridiques, comme les autres, ont leur destin, et plus imprévu encore que les autres.

Lorsque la seconde Constituante, en 1946, accepta d'insérer, dans le Préambule de la Constitution qui allait devenir celle du 27 octobre 1946, un amendement présenté par le M.R.P., par lequel le peuple français réaffirmait solennellement, après les droits et libertés consacrés par la Déclaration de 1789, « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », il était difficile d'imaginer que, un quart de siècle plus tard, ce texte allait fournir, au Conseil constitutionnel institué par la Constitution de 1958, la base de la première censure par lui infligée au législateur, et poser aux commentateurs de la décision rendue par le Conseil le 16 juillet 1971, et à tous les constitutionnalistes, des problèmes singuliers (1).

Sans doute n'est-il pas déraisonnable, puisque telle fut l'opinion de la plupart de ces commentateurs (2), de minimiser la portée de la décision, et de ne pas conclure, à partir de cette unique hirondelle, au triomphe d'un printemps du contrôle de constitutionnalité. Décision d'espèce ? Certes ; mais enfin, elle existe. La conjoncture politique qui a permis la saisine du Conseil et la censure d'une loi maladroite autant qu'inutile n'a pas chance de se retrouver souvent ? Sans doute, mais rien ne prouve que le précédent demeurera isolé, et son existence même en facilite la répétition : on hésite moins à mettre en œuvre une procédure déjà expérimentée qu'une procédure toute neuve, et le second pas coûte moins que le premier. L'arrêt *Marbury V. Madison* a pu, lui aussi, apparaître aux Américains de 1803 comme une décision d'espèce, et il a fallu bien des années pour que le pouvoir de contrôle dont il posait le principe devint un des éléments fondamentaux de la vie politique des Etats-Unis. Mais c'est tout de même lui qui a fondé le contrôle de constitutionnalité de la loi.

Le Conseil constitutionnel a-t-il rendu, le 16 juillet 1971, sa décision *Marbury V. Madison* en affirmant l'inconstitutionnalité des dispositions adoptées par le Parlement qui instituaient une forme de contrôle préalable sur les déclarations d'association ? Il serait imprudent de l'affirmer. Pourtant, la décision existe, et — c'est ce qui importe ici — c'est précisément sur la violation d'un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » que se fonde la censure prononcée par le Conseil.

C'est pourquoi il n'est peut-être pas inutile de réfléchir aux problèmes que pose cette soudaine promotion d'une formule jusque-là vouée à une obscurité certaine, du point de vue de l'éventuelle insertion, parmi les règles constitutionnelles, de la catégorie des principes fondamentaux (I), et du point de vue du contenu de cette catégorie (II).

### I

Des multiples questions que pose la promotion des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »

(1) V. *infra*, D. 1972. 685.

(2) Notamment, C. A. Colliard, *Libertés publiques*, 1972.

bligue » dans la hiérarchie des normes juridiques, deux sont d'ores et déjà résolues. Et c'est précisément des réponses qu'elles ont reçues que découlent tous les problèmes qui restent à résoudre.

La première question, qui constituait un préalable, était celle de la force juridique du Préambule constitutionnel considéré dans son ensemble. On ne reviendra pas sur les controverses qu'elle a suscitées, tant avant 1958 que depuis la proclamation par le peuple français de son attachement à la Déclaration de 1789 « confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 », qui ouvre l'actuelle Constitution. Ces controverses, et même les hésitations de la jurisprudence, sont aujourd'hui closes. La décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 y a mis fin, en affirmant comme une évidence le caractère constitutionnel du Préambule.

Cette affirmation ne suffisait pas à lever toute incertitude. Même les auteurs qui avaient, dès 1946, affirmé ce caractère, mettaient à part, dans le texte, les dispositions trop vagues, d'après eux, pour pouvoir définir, soit une obligation précise, soit un sujet tenu de cette obligation, bref, pour répondre aux caractères essentiels de la règle de droit. Or, on pouvait se demander si, précisément, le rappel des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » n'était pas, dans l'esprit de ses auteurs, un simple hommage rendu à l'œuvre de la III<sup>e</sup> République, et si l'imprécision de la formule n'excluait pas toute possibilité d'y trouver une véritable source de droit. Le Conseil d'Etat, pourtant hésitant sur la valeur du Préambule, et plus enclin à fonder l'autorité des dispositions qui y figurent sur leur caractère matériel de principes généraux du droit que sur leur nature formellement constitutionnelle, n'avait pas retenu cette objection : la décision du 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris* (Act. jur., D. A., 1956, p. 395) affirmait très nettement : « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par la Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française ». Sur le moment, ce considérant n'avait guère retenu l'attention. Le Conseil constitutionnel, le 16 juillet 1971, a donné, à cette solution, tout le poids de son autorité : « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution » font si bien partie de celle-ci que la loi qui y déroge est déclarée non conforme à la Constitution. Il faut donc tenir pour acquis, au vu de cette jurisprudence, qu'il existe désormais, dans la masse des lois de la République, un certain nombre de textes qui, en ce qui concerne leurs principes fondamentaux, sont élevés à la dignité constitutionnelle.

Cette double certitude acquise, les difficultés commencent. Comment situer, par rapport aux « principes généraux du droit public français » consacrés par la jurisprudence, d'une part, et d'autre part et surtout, par rapport aux « principes fondamentaux » et aux « garanties fondamentales » dont l'article 34 confie la détermination au législateur, les « principes fondamentaux » des lois de la République ainsi promus à la dignité constitutionnelle ?

p. 619 ; J. Robert, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, Rev. dr. publ. 1971, p. 1171.



Le premier problème se résout avec une relative aisance. Les principes généraux, dans un premier temps, constituaient un bloc homogène, dont l'autorité n'empruntait rien à leur origine formelle, puisqu'ils étaient déclarés par le juge « applicables même en l'absence de texte ». Celui-ci, en tout cas, ne revendiquait nullement pour eux la dignité constitutionnelle — dignité qui serait d'ailleurs restée purement nominale, dès lors que tout contrôle de conformité de la loi à une norme supérieure se trouvait exclu par une jurisprudence unanime. On sait comment la décision du 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils* (3), vint amorcer, dans le bloc des principes généraux, une dissociation discrète, à partir d'un élément formel, en paraissant mettre à part ceux qui « résultent du Préambule de la Constitution ». C'est cette dissociation que semble parachever la décision du Conseil constitutionnel. De deux choses l'une, en effet : ou le principe invoqué devant le juge tire son autorité du Préambule, soit qu'il s'y trouve expressément affirmé, soit qu'il constitue un « principe fondamental consacré par les lois de la République », et dans ce cas, on ne voit pas comment lui refuser la valeur constitutionnelle ; ou bien il ne peut se prévaloir de cette insertion dans la Constitution, et dans ce cas, simple création du juge, il n'a autorité qu'à l'égard des dispositions que celui-ci est appelé à contrôler. L'éclatement de la catégorie des principes généraux se trouve donc confirmé, les uns réintégrant la traditionnelle hiérarchie formelle des normes juridiques, et perdant leur ancienne originalité dans le cadre général des normes constitutionnelles, les autres, au contraire, conservant leur caractère antérieur.

Encore faut-il marquer une nuance supplémentaire : alors que la question du rattachement des principes généraux à un texte précis ne se posait pas, les « principes fondamentaux », eux, ne sont tels qu'en vertu de leur consécration par « les lois de la République ». Il y a donc, à leur base, une analyse de texte, et la décision du 16 juillet 1971, en se référant expressément à diverses dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 pour en déduire le principe fondamental qu'elle consacre, confirme la nécessité de cette démarche.

Entre les « principes généraux », au sens où la jurisprudence administrative les entendait, et les « principes fondamentaux », la différence est donc double : différence de force juridique, et différence dans l'origine et le fondement.

La situation respective des « principes fondamentaux » par rapport aux formules de l'art. 34 est moins facile à analyser.

« Principes fondamentaux » : les mots du Préambule sont ceux qu'utilise la seconde partie de l'article 34 en tête de la liste des matières qui ne relèvent pas intégralement du législateur. Et dès lors, on voit le problème : si, parmi les matières dont la loi détermine « les principes fondamentaux », il s'en trouve dont les principes fondamentaux ont été consacrés par les lois de la République, la contradiction entre le texte constitutionnel et la jurisprudence du Conseil paraît insurmontable : placés par l'art. 34 dans la compétence législative, les principes fondamentaux sont soustraits à cette compétence par leur constitutionnalisation.

Or, on trouve de telles matières dans l'énumération de l'article 34. La loi détermine les principes fondamentaux du droit syndical. Mais la loi du 21 mars 1884 qui reste la base du droit positif en la matière, est, au premier chef, et par excellence, une de ces « lois de la République » auxquelles le constituant de 1946 a entendu rendre hommage : voici donc ses principes fondamentaux élevés à la dignité constitutionnelle, et soustraits aux atteintes du législateur. Autre exemple, plus brûlant puisque, devant la Constituante de 1946, la question avait déjà été soulevée par les adversaires de l'amendement : la liberté de l'enseignement. La

loi, d'après l'article 34, détermine « les principes fondamentaux de l'enseignement ». Or, la liberté de l'enseignement trouve, soit sa source, pour les enseignements supérieur et technique, soit sa confirmation pour le premier et le second degré, dans des lois de la III<sup>e</sup> République. Pour en éluder la constitutionnalisation, et la laisser à la discrétion du Parlement, dira-t-on que la liberté de l'enseignement n'en constitue pas un « principe fondamental » ? Donnera-t-on, de la formule de l'article 34, une interprétation restrictive, en soutenant qu'elle concerne uniquement l'enseignement public ? L'argumentation serait peu convaincante, et le débat, s'il venait à s'engager, se maintiendrait sans doute difficilement dans la sérénité des exégèses juridiques.

Les difficultés sont à peine moindres si l'on s'attache à la formule qui, dans la première partie de l'article 34, définit la compétence législative en matière de libertés publiques. Les libertés : c'est à elles, et à l'œuvre du législateur de la III<sup>e</sup> République en ce domaine, que s'adresse au premier chef l'hommage des constituants de 1946. D'après l'article 34, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour leur exercice. « Garanties fondamentales », « principes fondamentaux », on ne retrouve pas ici l'identité des formules qu'on a rencontrée tout à l'heure. Le problème s'en trouve-t-il plus facile ? Peut-on distinguer, dans les lois qui fixent le statut de nos libertés, et qui sont, à peu près sans exception, des « lois de la République », des « principes fondamentaux » constitutionnalisés, et des « garanties fondamentales » qui resteraient, elles, confiées au Parlement ?

Sans doute, on peut tenter de dissocier les deux catégories. Il est des « principes » qui ne sont pas nécessairement des « garanties », par exemple ceux qui assignent, aux libertés, leurs limites. Encore peut-on hésiter sur ce point : car la fixation d'une limite est, par elle-même, un élément de sécurité juridique ; la déplacer, au moins dans un sens restrictif, n'est-ce pas porter atteinte à une garantie ?

Mais, si les « principes » peuvent peut-être déborder la catégorie des garanties, on voit mal, par contre, comment, en matière de libertés, des « garanties », surtout « fondamentales », pourraient ne pas être considérées comme des principes. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé la décision du Conseil constitutionnel : l'absence de contrôle préventif sur la déclaration des associations dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, qui est, d'après le Conseil, un principe fondamental, est aussi, de toute évidence, une garantie fondamentale. On ne voit guère d'hypothèses dans lesquelles la catégorie des « garanties » ne se résorberait pas dans celle des principes. Dans ce domaine, comme dans le précédent, la constitutionnalisation des principes fondamentaux consacrés par les lois de la République aboutirait donc à déposséder le législateur des compétences que lui attribue l'article 34.

Bien entendu, cette dépossession est limitée aux seules libertés consacrées par la III<sup>e</sup> République. On peut espérer que les Parlements futurs sauront en inventer de nouvelles : n'est-ce pas déjà le cas en ce qui concerne cette liberté de la vie privée expressément proclamée par la loi du 17 juillet 1970 ? Malgré tout, l'invention a des limites, même dans le domaine des libertés. La III<sup>e</sup> République, et c'est son honneur, a fixé le statut des principales. Le champ que laisserait ouvert au législateur la constitutionnalisation des principes fondamentaux posés par elle apparaît comme singulièrement exigu.

## II

Exigu, mais, en outre, incertain dans son tracé. Le contenu exact de la nouvelle catégorie n'est pas facile à cerner. « Principes fondamentaux contenus dans les lois de la République », la formule pose une triple question : quelle République ? quelles lois ? quels principes ?

A la première interrogation, la réponse semble relative-

(3) D. 1959. 541, note J. L'Huillier ; S. 1959. 202 ; Braibant, L'arrêt « Syndicat général des ingénieurs conseils » et la

théorie des principes généraux du droit, *Etudes et documents Cons. d'Et.* 1962. 67.

ment aisée : la République, pour le constituant de 1946, c'est celle qui a immédiatement précédé celle qu'il a mission de fonder, c'est la Troisième. Peut-on s'en tenir là ? Quand le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 février 1953, invoquait « la tradition républicaine », il semblait se référer à une pratique dont les sources remontaient au-delà de la III<sup>e</sup>. N'y a-t-il pas, en France, une continuité républicaine qui, par le relais de 1848, unit 1792 à 1875 ? Et dans ce cas, les lois de la République, ne sont-elles pas aussi celles de la Première, s'il en reste en vigueur, et celles de la Seconde ? La question n'est pas simple jeu. Car enfin, la loi Falloux... On voit surgir à nouveau le vieux débat sur la liberté de l'enseignement. Et l'on peut ergoter encore : car enfin, même si l'on s'en tient à la Troisième, quand commence-t-elle ? le 4 septembre 1870, au balcon de l'Hôtel de Ville de Paris ? Le jour du vote de l'amendement Wallon ? A l'entrée en vigueur des lois constitutionnelles de 1875 ? Ou seulement lorsque les républicains la conquièrent, après l'effacement de Mac-Mahon ? Les lois votées par l'Assemblée de 1871, monarchiste et catholique, sont-elles de vraies « lois de la République », ou bien faut-il réserver cette dignité aux seules lois votées par d'authentiques républicains ?

On admet volontiers que, pour l'essentiel, l'œuvre législative que les constituants ont eue en vue est celle qui commence avec les années 80.

Mais ici surgit la seconde question : quelles lois ? Car l'œuvre est vaste. Elle s'échelonne, de 1880 à 1940, sur soixante années, elle remplit un nombre considérable de volumes de l'Officiel ; « les lois de la République », cela ne vise évidemment pas toutes les lois de la République.

Une première discrimination, *ratione materiae*, découle du texte même : seules sont en cause les lois qui se rattachent aux « droits et libertés consacrés par la Déclaration de 1789 ». Mais, durant soixante années traversées de quelques crises, les lois n'ont pas uniformément parlé le même langage libéral. C'est une illusion d'optique très répandue qui voit, dans la III<sup>e</sup> République, un âge d'or de la liberté. Régime fondamentalement libéral, certes, la III<sup>e</sup> République fut aussi un régime musclé : lorsque furent mises en cause les valeurs qu'elle estimait fondamentales, elle a su se défendre, et, au besoin, attaquer. La loi interdisant le territoire national aux membres des familles ayant régné sur la France a été abrogée, et de même, l'interdiction du droit d'enseigner aux congréganistes. Mais c'étaient bien — comme le titre III de la loi de 1901 sur les congrégations — des « lois de la République », et le droit positif conserve encore un certain nombre de ces lois de combat : la répression de la propagande anarchiste se fonde sur une loi de la République, et aussi la dissolution des ligues par décision gouvernementale. Faut-il donc, parmi les lois, faire un tri, et refuser à celles qui apportent des entraves aux libertés le label « loi de la République », pour le réserver à celles qui procèdent de l'inspiration libérale ?

La troisième question se pose en des termes que l'article 34 et la jurisprudence qu'il a inspirée ont rendus relativement familiers aux juristes : comment faire, au sein des lois de la République, le départ entre les dispositions qui constituent des principes fondamentaux, et les autres ? Le Conseil constitutionnel a apporté un peu de lumière sur ce difficile problème. Mais les décisions qu'il a rendues en cette matière tendent à un but différent, sinon inverse, de celui que poursuivraient celles qu'il peut être amené à rendre touchant « les lois de la République » : définir, pour l'application de l'article 34, les principes fondamentaux d'une matière, c'est préciser la sphère ouverte à la compétence du législateur ; définir, pour l'application de l'article 61, les principes fondamentaux d'une loi de la République, c'est délimiter une zone interdite à cette même compétence.

Sur le fond, d'ailleurs, et quelle que soit la méthode d'interprétation — restrictive, ou extensive — qui pourrait être retenue, la difficulté de la tâche est évidente. La décision du 16 juillet 1971 le confirme. Certes, on a pu affirmer que, dans cette affaire, « la plus élémentaire objectivité, le raisonnement juridique le plus simple, ne pouvaient que conduire à la solution adoptée » (4). Est-ce bien cer-

tain ? Le « principe fondamental » de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, est-ce, en matière de contrôle des associations, l'absence de tout contrôle préalable sur la déclaration des associations, ou plutôt la remise à la seule autorité judiciaire, à l'exclusion de l'administration, du contrôle de la légalité des associations ? En présence d'une réforme instaurant un contrôle préalable, mais judiciaire, l'hésitation, sur le plan juridique, était permise. Elle l'était aussi du point de vue de la tradition libérale, hostile, certes, à tout régime préventif, mais faisant pleine confiance à l'intervention de l'autorité judiciaire. Entre des interprétations différentes, le Conseil a dû trancher. Il l'a fait avec un sens aigu des exigences de la liberté. Mais la solution n'était pas inscrite d'avance dans les textes : il a fallu l'en faire sortir.

Comment aurait-il pu en être autrement ? Le législateur de la III<sup>e</sup> République, lorsqu'il a élaboré les chartes des principales libertés, n'a pas envisagé qu'on puisse dissocier, dans ses textes, des principes fondamentaux, d'autres qui ne le seraient pas, et de simples règles n'ayant pas valeur de principes. A vouloir appliquer à son œuvre une grille qu'il n'a pas connue, on risque d'en méconnaître l'unité, et d'en fausser le sens.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 juin 1881 dit : « Les réunions publiques sont libres. Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable ». Principe fondamental, sans aucun doute. Mais le texte poursuit : « ... sous les conditions prescrites par les articles suivants ». L'existence de conditions est-elle incluse dans le principe ? Et la liste de ces conditions ? L'obligation faite au bureau, par exemple, d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs : principe fondamental, ou simple règle ? On pourrait multiplier les exemples. Une interprétation restrictive, qui limiterait la notion de « principe fondamental » à quelques formules très générales et abandonnerait au législateur tout l'aménagement concret de la liberté risquerait fort d'être de peu de secours contre l'arbitraire d'une majorité. Mais une interprétation extensive, qui étendrait à l'ensemble de la loi la constitutionnalisation, conduirait à un immobilisme dont peut difficilement se satisfaire une époque vouée aux mutations.

En définitive, sur quels terrains le législateur, en présence d'une « loi de la République », pourrait-il s'avancer avec une pleine sécurité ? Celui des adoucissements apportés à la règle antérieure est-il tellement sûr ? Les limites définies par le législateur sont, elles aussi, des principes : à les reculer, ne risque-t-on pas le grief d'inconstitutionnalité ? On ne voit guère de zone sûre que les règles de détail : qu'une réunion ne puisse se prolonger après onze heures, on admettra volontiers que cela ne constitue pas un principe fondamental, pas plus que le droit de choisir sa place reconnu au représentant de l'autorité qui désire assister à la réunion...

Mais on voit mal le législateur se mettre en mouvement pour modifier de telles règles.

Le voudrait-il, d'ailleurs, qu'elles échapperaient à sa compétence, limitée par l'article 34 aux seules garanties fondamentales, pour tomber dans celle du pouvoir réglementaire. Exclu, au profit du pouvoir constituant, de la sphère des « principes fondamentaux », chassé par l'exécutif de tout ce qui excède les « garanties fondamentales », que resterait-il au législateur, auquel la tradition libérale, pourtant, faisait confiance pour définir le statut des libertés ? Quelles réformes pourrait-il envisager en toute quiétude juridique, et sans avoir à appréhender la censure du Conseil constitutionnel, si celui-ci était appelé à statuer ?

### III

Une notion aussi incertaine de ses contours que celle de « principes fondamentaux consacrés par les lois de la

(4) Colliard, *loc. cit.*

République peut difficilement fournir une assise à une nouvelle catégorie juridique. Du moins, à une catégorie matérielle, pour reprendre la distinction, devenue classique, du Doyen Vedel. Catégorie fonctionnelle, alors ? Mais quelle serait au juste sa fonction ? Comment concilier le texte constitutionnel, qui met dans la compétence du législateur un certain nombre de matières, et l'existence d'une catégorie qui aurait pour fonction de les en faire sortir ?

Faut-il, en désespoir de cause, rejoindre ceux qui, tout en saluant le libéralisme de la décision du 16 juillet 1971, en réduisent l'importance, et entendent la « cantonner... dans le cadre de la chose décidée » (5) ? On l'admettra difficilement, pour deux raisons : il semble impossible, tout d'abord, de refuser aux décisions prises par le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61, alinéa 2, le caractère juridictionnel, entraînant pour elles, non l'autorité de chose décidée — propre aux décisions administratives, et toujours susceptible d'être contestée devant le juge — mais, dès lors que la décision, aux termes de l'article 62, n'est susceptible d'aucun recours, et s'impose « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », l'autorité de la chose jugée, et même l'autorité absolue. D'autre part, s'il est exact que toute décision « doit s'interpréter dans le cadre même de l'affaire à propos de laquelle elle est intervenue » (5), il n'en reste pas moins que cette affaire-ci est la première qui, en France, ait porté sur le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution, et ait abouti à la censure par le juge d'un texte voté par le Parlement. Le « cadre » prend, de ce fait, une dimension assez exceptionnelle, et ce n'est pas en sortir que de reconnaître à l'affaire, cette dimension : la consécration explicite et définitive de la valeur constitutionnelle du Préambule, la mise en échec de la tradition qui attribuait à la loi un caractère souverain excluant tout contrôle, la première sanction, en droit positif, du principe, jusque-là platonique, de la suprématie de la Constitution, autant d'apports au droit constitutionnel qu'il est difficile de ne pas trouver dans la décision du 16 juillet.

Mais précisément, de tels apports sont assez importants pour décourager toute tendance à majorer encore une décision qui n'a pas besoin de l'être. Ce serait la majorer que d'en déduire l'existence d'une catégorie constitutionnelle nouvelle au sens plein du terme. Le recours aux « principes fondamentaux », dans cette affaire, a été le moyen utilisé par le Conseil pour mettre en échec une disposition anti-libérale, et de plus mal venue. Telle a été la fonction que la notion a remplie : en l'absence d'autres bases juridiques sûres, permettre au juge de fonder une censure qu'il estimait à juste titre nécessaire ; telle pourrait bien être, en définitive, l'assise modeste sur laquelle la catégorie fonctionnelle des « principes fondamentaux » pourrait s'édifier.

Ainsi limitée dans sa portée, elle ne s'imposerait pas au Parlement. Le législateur pour l'exercice de sa compétence n'aurait pas d'autres limites que celles de l'article 34. Mais si, comme il l'a fait en 1971, il usait de cette compétence pour apporter, au statut traditionnel des libertés, des atteintes assez graves pour émouvoir l'opinion, et si le Conseil constitutionnel venait à être saisi, comme il l'a été, par l'une des quatre autorités investies de cette prérogative, il trouverait, dans la catégorie des « principes fondamentaux »,

au cas où les autres éléments du Préambule — Déclaration de 1789 et « principes particulièrement nécessaires à notre temps » — ne les lui fourniraient pas, les arguments juridiques propres à justifier sa censure.

Catégorie fonctionnelle ? Si l'on veut, mais à condition de préciser qu'il s'agit d'une fonction supplétive, d'une réserve ultime pour la protection éventuelle des libertés contre l'arbitraire de la loi.

Il reste que, de cette réserve, le Conseil constitutionnel a seul la gestion : il lui appartient de l'utiliser, ou de la laisser en sommeil. Le danger pourrait être grand, sinon du gouvernement des juges, du moins de conflits entre le Parlement et ses censeurs. Dans cette perspective, on en vient à penser que les règles de la saisine, regrettamment restrictives dans l'absolu, peuvent se révéler sages : si, des quatre autorités qui peuvent l'exercer — l'une, émanation directe du peuple, l'autre, appuyée sur la double confiance du Président et de l'Assemblée, tous deux issus du suffrage universel, les deux autres enfin, représentants des deux chambres du Parlement —, aucune ne décèle, dans le texte voté, une atteinte à la liberté, la présomption est forte qu'il ne heurte pas l'ensemble de l'opinion, et, dans ce cas, c'est la censure appliquée par le juge constitutionnel qui pourrait donner à celle-ci le sentiment de l'arbitraire.

Au fond, la difficulté fondamentale à laquelle se heurte un contrôle de constitutionnalité vraiment efficace réside peut-être moins dans ses instruments que dans sa base : les dispositions dont il doit assurer le respect. Incertaines, fuyantes, elles laissent le champ libre à l'interprétation du juge, c'est-à-dire à son arbitraire : sous l'apparence d'une norme constitutionnelle, c'est alors la volonté du juge qui va s'imposer à ceux qui expriment la volonté de la nation. Au contraire, si la censure est prononcée à partir d'un principe constitutionnel suffisamment précis, ce n'est pas le juge qui juge la loi, c'est la Constitution, dont il n'est que le porte-parole.

Tant qu'une base incontestable n'est pas assurée au contrôle de constitutionnalité, il y aurait danger à doter celui-ci des instruments qui peuvent seuls lui donner sa pleine efficacité : ils risqueraient d'entraîner le juge dans des conflits dont son autorité aurait peu de chance de sortir renforcée. Telle est, malheureusement, la situation en France : le texte du Préambule de 1946, compromis politique chargé d'équivoques, n'a pas été élaboré pour fournir une assise au contrôle de la loi. Que, malgré cette origine, un commencement de contrôle ait déjà pu s'instituer, dont la décision de 1971 révèle malgré tout l'efficacité, c'est, par rapport à la tradition antérieure, un progrès considérable. Pour aller plus avant, pour permettre, sans périls, l'extension du contrôle en le dotant d'instruments plus efficaces, il faudrait que la France se décidât, comme l'Allemagne fédérale, comme l'Italie, à formuler en termes précis les libertés fondamentales en-tête de sa charte constitutionnelle. Mais n'entre-t-on pas ici dans le royaume d'utopie ?

Jean RIVERO,

Professeur à l'Université de droit,  
d'économie et de sciences sociales de Paris.

(5) Colliard, *op. cit.*, p. 620.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code du travail ;

Vu la loi du 17 octobre 1919, relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine ;

Vu la loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Vu la loi du 1er juin 1924 portant introduction des lois commerciales française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Vu l'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 22 juin 2011 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Bruno Odent, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société requérante, et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 19 juillet 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 3134-11 du code du travail : « Lorsqu'il est interdit, en application des articles L. 3134-4 à L. 3134-9, d'employer des salariés dans les exploitations commerciales, il est également interdit durant ces jours de procéder à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public. Cette disposition s'applique également aux activités commerciales des coopératives de consommation ou associations » ; qu'en vertu de l'article L. 3134-1 du même code, cette disposition n'est applicable que dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

2. Considérant que, selon la société requérante, en interdisant de procéder le dimanche à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public, cette disposition instituerait, en méconnaissance du principe d'égalité des citoyens devant la loi, une règle locale que ne connaîtrait pas la réglementation de droit commun ; qu'en outre, par son caractère général et absolu, cette interdiction porterait une atteinte disproportionnée au principe

constitutionnel de la liberté d'entreprendre ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine, adoptée à la suite du rétablissement de la souveraineté de la France sur ces territoires : « Les territoires d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, à être régies par les dispositions législatives et réglementaires qui y sont actuellement en vigueur » ; que les lois procédant à l'introduction des lois françaises et notamment les deux lois du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française et portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ont expressément maintenu en vigueur dans ces départements certaines législations antérieures ou édicté des règles particulières pour une durée limitée qui a été prorogée par des lois successives ; qu'enfin, selon l'article 3 de l'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle : « La législation en vigueur. . . à la date du 16 juin 1940 est restée seule applicable et est provisoirement maintenue en vigueur » ;

4. Considérant qu'ainsi, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de dispositions particulières applicables dans les trois départements dont il s'agit ; que ce principe doit aussi être concilié avec les autres exigences constitutionnelles ;

- SUR LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ :

5. Considérant que la disposition contestée est au nombre des règles particulières antérieures à 1919 et qui ont été maintenues en vigueur par l'effet des lois précitées ; qu'il s'ensuit que le grief tiré de la violation du principe d'égalité entre les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, d'une part, et les autres départements, d'autre part, doit être écarté ;

- SUR LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :

6. Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il est toutefois loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ;

7. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 3134-2 du code du travail : «

L'emploi de salariés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales est interdit les dimanches et jours fériés, sauf dans les cas prévus par le présent chapitre » ; que les dispositions de l'article L. 3134-11 ont, par suite, pour effet d'interdire l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou artisanale les dimanches dans les lieux de vente ouverts au public ; que, par ces dispositions, le législateur vise à éviter que l'exercice du repos hebdomadaire des personnes qui travaillent dans ces établissements ne défavorise les établissements selon leur taille ; qu'il a en particulier pris en compte la situation des établissements de petite taille qui n'emploient pas de salarié ; que ces dispositions ont pour objet d'encadrer les conditions de la concurrence entre les établissements quels que soient leur taille ou le statut juridique des personnes qui y travaillent ; que, dès lors, elles répondent à un motif d'intérêt général ;

8. Considérant, en second lieu, qu'en maintenant, par dérogation à certaines dispositions du titre III du livre Ier de la troisième partie du code du travail, le régime local particulier en vertu duquel le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce le dimanche, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a opéré une conciliation, qui n'est pas manifestement disproportionnée, entre la liberté d'entreprendre et les exigences du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;

9. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE :

Article 1er. - L'article L. 3134-11 du code du travail est conforme à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

**DOCUMENT 4 :** Conseil Constitutionnel, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974.*

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 20 décembre 1973 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi de finances pour 1974, adoptée par le Parlement ;

Vu la lettre du Premier Ministre, en date du 21 décembre 1973, demandant au Conseil constitutionnel de statuer selon la procédure d'urgence prévue à l'article 61, alinéa 3, de la Constitution ;

Vu la Constitution, notamment son préambule et ses articles 61 et 62 ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et, notamment, son article 42 ;

Vu le code général des impôts et, notamment, son article 180 ;

Où le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant que les dispositions de l'article 62 de la loi de finances pour 1974 tendent à ajouter à l'article 180 du code général des impôts des dispositions qui ont pour objet de permettre au contribuable, taxé d'office à l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues audit article, d'obtenir la décharge de la cotisation qui lui est assignée à ce titre s'il établit, sous le contrôle du juge de l'impôt, que les circonstances ne peuvent laisser présumer "l'existence de ressources illégales ou occultes ou de comportement tendant à éluder le paiement normal de l'impôt" ;

2. Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ;

3. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conforme à la Constitution la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974 ;

4. Considérant que cette disposition, qui se présente comme une exception à une faculté ouverte par le législateur d'écarter, au moyen d'une preuve contraire, l'application d'une taxation d'office, constitue donc un élément inséparable des autres dispositions contenues dans l'article 62 de la loi de finances ; que, dès lors, c'est l'ensemble dudit article qui doit être regardé comme contraire à la Constitution ;

5. Considérant, au surplus, que l'article 62 de la loi de finances a été introduit dans ce texte sous forme d'article additionnel en méconnaissance évidente des prescriptions de l'article 42, premier alinéa, de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, aux termes duquel : "Aucun article additionnel, aucun amendement à un projet de loi de finances ne peut être présenté, sauf s'il tend à supprimer ou à réduire une dépense, à créer ou à accroître une recette ou à assurer le contrôle des dépenses publiques" ;

6. Considérant qu'en l'état il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen par le Président du Sénat ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 62 de la loi de finances pour 1974.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.



**DOCUMENT 5** : Conseil Constitutionnel, décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.*

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 28 juin 1979 (...) dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, du texte de la loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement.

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de cette ordonnance ;

Où le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent" ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ;

2. Considérant que les dispositions contenues au paragraphe I de l'article 26 de la loi du 7 août 1974, tel qu'il est modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, se bornent à réglementer les conditions dans lesquelles doit être déposé le préavis de grève ; que ce texte n'est contraire à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ;

3. Considérant qu'il en va de même des dispositions du paragraphe II du même article qui, après avoir indiqué les conditions dans lesquelles doivent être assurées la création, la transmission et l'émission des signaux de radio et de télévision, prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application de ces conditions, conformément à la répartition des compétences opérée entre le domaine de la loi et celui du règlement par les articles 21, 34 et 37 de la Constitution ;

4. Considérant que si, dans ce même paragraphe II de l'article unique de la loi, le législateur fait usage du terme "requérir", s'agissant des appels qui peuvent être éventuellement adressés aux catégories de personnels dont le concours peut être indispensable pour l'exécution de la mission ci-dessus rappelée des sociétés de programme et de l'établissement public de diffusion, il résulte clairement des débats parlementaires et des déclarations faites à cette occasion par le ministre de la culture et de la communication qu'en usant de ce terme la loi ne se réfère pas au droit de réquisition tel qu'il résulte de l'ordonnance du 6 janvier 1959 et des autres textes qui

régissent ce droit ; que le paragraphe II ne peut donc, de ce fait, être entaché de non conformité à la Constitution ;

5. Mais, Considérant qu'en prévoyant dans la première phrase du paragraphe III de la loi que : "lorsque les personnels des sociétés nationales de programme de télévision sont en nombre insuffisant pour assurer le service normal, le président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonctions pour assurer la continuité des éléments du service nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10", le législateur permet aux présidents des sociétés, lorsqu'une cessation concertée du travail empêche l'exécution du service normal et afin de garantir que soit cependant assurée la généralité des missions dont il assigne l'accomplissement à ces sociétés, de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que, dès lors, les dispositions contenues dans cette phrase doivent être regardées comme non conformes à ces principes en tant qu'elles font référence, d'une part, à l'exécution d'un service normal, d'autre part à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10 de la loi du 7 août 1974 ;

6. Considérant en conséquence que les termes suivants du paragraphe III de l'article 26 de la loi du 7 août 1974, tel qu'il est modifié par l'article unique de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel : "pour assurer le service normal" et "nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10" doivent être regardés comme ayant été adoptés en méconnaissance de ces principes ;

7. Considérant qu'il ne résulte ni des dispositions précitées ni les débats auxquels l'examen de la proposition de loi a donné lieu devant le Parlement que lesdites dispositions soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi déferée au Conseil constitutionnel,

Décide :

Article premier :

Sont déclarés non conformes à la constitution les termes suivants du paragraphe III de l'article 26 de la loi du 7 août 1974 tel qu'il a été modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel : "pour assurer le service normal" et "nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10".

Article 2 :

Les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont déclarées conformes à la Constitution.

<b>DOCUMENT 6 :</b> Conseil Constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, <i>Loi de nationalisation</i> (extrait).
---

(...)

Sur le principe des nationalisations :

13. Considérant que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : 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 ; que l'article 17 de la même Déclaration proclame également : La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ;

14. Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités.
15. Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 .
16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ;
17. Considérant que l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 dispose : Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ; que cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes susrappelés de la Déclaration de 1789 ;
18. Considérant que, si l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi les nationalisations d'entreprises et les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé , cette disposition, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété, ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État.
19. Considérant qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel que le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ;
20. Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 ;

(...)

1.Considérant que, pour contester la conformité à la Constitution de la loi sur la communication audiovisuelle, les députés auteurs de la saisine font valoir qu'elle méconnaîtrait le droit à la libre communication des pensées et des opinions tel qu'il résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que le principe d'égalité devant la loi et qu'elle porterait atteinte à la liberté d'entreprendre

En ce qui concerne le grief tiré de la violation de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

2.Considérant qu'il est soutenu qu'après l'abrogation du régime du monopole de la radiodiffusion, les restrictions à la liberté de communication des pensées et des opinions par les moyens audiovisuels ne peuvent, comme en matière de presse écrite, être justifiées que par des motifs de police ; que, par suite, la limitation excessive du champ d'application de la déclaration préalable, la soumission obligatoire des services de télévision par voie hertzienne au régime de la concession de service public, la subordination des autorisations au respect des clauses de cahiers des charges et la nécessité d'une autorisation pour l'établissement de certaines infrastructures et installations de communication audiovisuelle situées sur une propriété privée sont des limitations apportées à la liberté qui excéderaient "l'objet normal des mesures de police" et qui, comme telles, seraient contraires à la Constitution.

3.Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "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" ;

4.Considérant que l'article 34 de la Constitution dispose : "la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ; que cette réglementation, qui répond dans des circonstances données à la sauvegarde de l'ordre public, ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à garantir l'exercice d'une liberté ;

5.Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ;

6.Considérant que les dispositions de la loi auxquelles il est reproché de méconnaître l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen répondent aux impératifs ci-dessus énoncés et que, dès lors, les auteurs de la saisine ne sont pas fondés à soutenir qu'elles sont contraires à la Constitution ; qu'ils ne sauraient non plus soutenir que la disposition relative à l'établissement d'installations méconnaît le droit de propriété ; (...) »

. En ce qui concerne les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 23, 1er alinéa, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

18. Considérant que l'article 22 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose : "Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée." ;

19. Considérant que l'alinéa 1er de l'article 23 de la même ordonnance est ainsi conçu : "Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut, soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture." ;

20. Considérant que le contrôle de constitutionnalité établi par la Constitution du 4 octobre 1958 s'exerce à titre préventif après le vote de la loi et avant sa promulgation ; que le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans le délai d'un mois à compter du jour où il est saisi et, s'il y a urgence, dans un délai de huit jours ; qu'ainsi l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution et, le cas échéant, lorsqu'une loi n'est pas déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, d'en permettre la promulgation, soit après amputation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution ;

21. Considérant que tel est le but visé par l'article 23 précité de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique qui ouvre au Président de la République une option qu'il exerce, sous réserve de contreseing, discrétionnairement, dans le cadre de sa compétence de promulgation ;

22. Considérant que si, choisissant le premier terme de cette option, le Président de la République décide de promulguer la loi votée amputée de la ou des dispositions déclarées non conformes à la Constitution, la procédure législative est close par la promulgation, de telle sorte qu'il est nécessaire de recourir à une nouvelle procédure législative pour compléter, le cas échéant, la loi promulguée par des dispositions se substituant à celles déclarées non conformes à la Constitution ;

23. Considérant au contraire que, lorsque le Président de la République décide de recourir à la seconde lecture prévue par l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, cette décision a évidemment pour objet de réaliser la mise en conformité de la loi votée avec la Constitution en substituant aux dispositions non conformes à celle-ci des dispositions nouvelles faisant droit à la décision du Conseil constitutionnel ; que, dans ce cas, il ne s'agit pas du vote d'une loi nouvelle mais de l'intervention dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité ;

24. Considérant qu'aucune disposition constitutionnelle ne permet d'écarter, pour la conclusion de cette phase complémentaire, les dispositions de l'article 45 de la Constitution qui sont applicables de plein droit à la nouvelle délibération demandée par le Président de la République ; que les termes "nouvelle lecture" employés par l'article 23 précité de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ayant force de loi organique ne sauraient être interprétés comme ayant une signification différente de celle des mots "nouvelle délibération" employés à l'article 10 de la Constitution dont l'article 23 n'est qu'un cas d'application ; qu'ainsi les divers moyens développés par les auteurs des saisines sur la base de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 doivent être écartés ;

25.Considérant de même qu'il ne saurait être objecté à la procédure législative suivie pour l'adoption de la loi présentement examinée que l'article 45 ne vise que les projets et propositions de loi alors qu'il s'agirait d'une loi déjà adoptée ; qu'en effet, comme il a été dit, le recours par le Président de la République à la deuxième branche de l'option ouverte par l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 a pour effet de prolonger, par une phase complémentaire, la procédure législative issue du projet ou de la proposition de loi ;

26.Considérant que, s'il est exact, comme le font observer les auteurs des saisines, que la faculté de recourir à la réunion d'une commission mixte paritaire et celle de demander à l'Assemblée nationale de statuer en dernier ressort sont réservées par l'article 45 au Premier ministre et au Gouvernement, il ressort de la procédure suivie que cette attribution de compétence a été respectée ; qu'ainsi le moyen manque en fait ;

27.Considérant donc que la procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel a fait de l'article 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin ; (...)

**DOCUMENT 9** : Conseil Constitutionnel, décision n°2018-717/718 QPC du 16 juillet 2018, M. Cédric H. et autre

(M. CÉDRIC H. ET AUTRE)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 11 mai 2018 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêts nos 1163 et 1164 du 9 mai 2018), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, de deux questions prioritaires de constitutionnalité. Ces questions ont été posées pour MM. Cédric H. et Pierre-Alain M. par la SCP Spinosi et Sureau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Elles ont été enregistrées au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous les nos 2018-717 QPC et 2018-718 QPC. Elles sont relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;
- la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées ;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Au vu des pièces suivantes :

- les observations présentées pour les requérants par la SCP Spinosi et Sureau, enregistrées les 4 et 19 juin 2018 ;
- les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le 4 juin 2018 ;
- les observations en intervention présentées pour MM. Théo B. et Bastien S. par la SCP Henri Leclerc et associés, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 4 juin 2018 ;
- les observations en intervention présentées pour la Ligue des droits de l'Homme par la SCP Spinosi et Sureau, enregistrées les 4 et 19 juin 2018 ;
- les observations en intervention présentées pour l'association SOS Soutien ô sans papiers par Me Henri Braun, avocat au barreau de Paris, et Me Nawel Gafsia, avocat au barreau du Val-de-Marne, enregistrées le 4 juin 2018 ;
- les observations en intervention présentées pour la Cimade et onze autres parties intervenantes par la SCP Sevaux et Mathonnet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, enregistrées le 4 juin 2018 ;
- les pièces produites et jointes au dossier ;

Après avoir entendu Me Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et Me Zia Oloumi, avocat au barreau de Paris, le premier pour les requérants et la Ligue des droits de l'homme, partie intervenante, le second pour M. Cédric H., Me Henri Leclerc, avocat au barreau de Paris, pour MM. Théo B. et Bastien S., parties intervenantes, Me Braun pour l'association SOS Soutien ô sans papiers, partie intervenante, Me Paul Mathonnet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, pour la Cimade et onze autres parties intervenantes, et M. Philippe Blanc, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 26 juin 2018 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit :

1. Il y a lieu de joindre les deux questions prioritaires de constitutionnalité pour y statuer par une seule décision.
2. La question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée. Dès lors, le Conseil constitutionnel est saisi des articles L. 622-1 et L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans leur rédaction résultant de la loi du 31 décembre 2012 mentionnée ci-dessus.
3. L'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans cette rédaction, prévoit :
  - « Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros.
  - « Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni des mêmes peines celui qui, quelle que soit sa nationalité, aura commis le délit défini au premier alinéa du présent article



alors qu'il se trouvait sur le territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.

« Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un autre Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

« Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, sera puni de mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.

« Les dispositions du précédent alinéa sont applicables en France à compter de la date de publication au Journal officiel de la République française de ce protocole ».

4. L'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans cette même rédaction, prévoit :

« Sans préjudice des articles L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 et L. 623-3, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

« 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ;

« 2° Du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

« 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.

« Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint ».

5. Les requérants, rejoints par les parties intervenantes, soutiennent que les dispositions renvoyées méconnaîtraient le principe de fraternité, en raison, d'une part, de ce que l'immunité prévue par le 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile s'applique uniquement lorsque la personne est mise en cause pour aide au séjour irrégulier, et non pour aide à l'entrée et à la circulation d'un étranger en situation irrégulière sur le territoire français. D'autre part, elles méconnaîtraient ce même principe dès lors qu'elles ne prévoient pas d'immunité en cas d'aide au séjour irrégulier pour tout acte purement humanitaire n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte. Pour ces mêmes motifs, les dispositions renvoyées seraient également contraires aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Par ailleurs, les requérants soutiennent que ces dispositions violeraient également le principe de légalité des délits et des peines en ce que les

termes du 3° précité seraient insuffisamment précis. Enfin, le principe d'égalité devant la loi serait également méconnu dès lors que seule l'aide au séjour d'un étranger en situation irrégulière peut faire l'objet de l'exemption en cause, et non l'aide à l'entrée ou à la circulation d'un étranger en situation irrégulière.

6. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots : « au séjour irrégulier » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ainsi que sur le 3° de ce même article.

- Sur le fond :

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité :

7. Aux termes de l'article 2 de la Constitution : « La devise de la République est “Liberté, Egalité, Fraternité” ». La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle.

8. Il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national.

9. Toutefois, aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle.

10. Dès lors, il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public.

11. En application du premier alinéa de l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le fait d'aider directement ou indirectement un étranger à entrer, circuler ou séjourner irrégulièrement en France est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Toutefois, l'article L. 622-4 du même code prévoit plusieurs cas d'exemption pénale en faveur des personnes mises en cause sur le fondement du délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger. Les 1° et 2° de cet article excluent toute poursuite pénale de ce chef lorsque l'aide est apportée par la proche famille de l'étranger ou par celle de son conjoint ou de la personne qui vit en situation maritale avec lui. Le 3° de ce même article accorde quant à lui une immunité pénale à toute personne physique ou morale ayant apporté une telle aide à un étranger lorsque cet acte « n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ».

- S'agissant de la limitation à la seule aide au séjour irrégulier de l'exemption pénale prévue au 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile :

12. Il résulte des dispositions du premier alinéa de l'article L. 622-1, combinées avec les dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 622-4, que toute aide apportée à un étranger afin de faciliter ou de tenter de faciliter son entrée ou sa circulation irrégulières sur le territoire national est sanctionnée pénalement, quelles que soient la nature de cette aide et la finalité poursuivie. Toutefois, l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas

nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite.

13. Dès lors, en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs à l'encontre de ces dispositions, les mots : « au séjour irrégulier » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, doivent être déclarés contraires à la Constitution.

- S'agissant de la limitation de l'exemption pénale aux seuls actes de conseils juridiques, de prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes et aux actes visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger :

14. Il résulte du 3° de l'article L. 622-4 que, lorsqu'il est apporté une aide au séjour à un étranger en situation irrégulière sur le territoire français, sans contrepartie directe ou indirecte, par une personne autre qu'un membre de la famille proche de l'étranger ou de son conjoint ou de la personne vivant maritalement avec celui-ci, seuls les actes de conseils juridiques bénéficient d'une exemption pénale quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide. Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger. Toutefois, ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire.

15. Il résulte de ce qui précède que, sous la réserve énoncée au paragraphe précédent, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité par le 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit donc être écarté.

- En ce qui concerne les griefs tirés de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et de ceux de nécessité et de proportionnalité des peines :

16. Selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

17. Aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant ... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ

d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.

18. L'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen. Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue.

19. D'une part, les dispositions du 3° de l'article L. 622-4 ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines doit être écarté.

20. D'autre part, il résulte de la réserve mentionnée au paragraphe 14 que l'immunité pénale prévue par le 3° de l'article L. 622-4 s'applique à tout acte d'aide au séjour apportée dans un but humanitaire. Dès lors, en ne prévoyant pas d'exemption pénale, hors du cercle familial, en cas d'aide au séjour irrégulier dans un but autre qu'humanitaire, le législateur n'a en tout état de cause pas méconnu les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Les griefs tirés de la méconnaissance de ces principes doivent être écartés.

21. Il résulte de tout ce qui précède que, sous la réserve énoncée au paragraphe 14, le 3° de l'article L. 622-4, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

- Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité :

22. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.

23. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée. En l'espèce, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter l'entrée irrégulière sur le territoire français. Elle entraînerait des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1er décembre 2018 la date de l'abrogation des dispositions contestées.

24. Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que l'exemption pénale prévue au 3° de l'article L. 622-4 du code

de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire.

Le Conseil constitutionnel décide :

Article 1 :

Les mots : « au séjour irrégulier » figurant au premier alinéa de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, sont contraires à la Constitution.

Article 2 :

Sous la réserve énoncée au paragraphe 14, le 3° de l'article L. 622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction résultant de la même loi, est conforme à la Constitution.

Article 3

La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet dans les conditions fixées aux paragraphes 23 et 24 de cette décision.

Article 4 :

Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

## II- Un « bloc de constitutionnalité » ?

**DOCUMENT 10** : S. Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République » in R.D.P., 1984, p. 587-606.

### LES INCERTITUDES DE LA NOTION DE CONSTITUTION SOUS LA V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE

---

L'effectivité de la suprématie de la constitution s'est longtemps heurtée en France au légicentrisme issu de la Révolution : le législateur ne pouvait mal faire. La plupart de nos constitutions ont bien pu être rigides : l'absence d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois rendait platonique cette affirmation de la supra-légalité. La loi demeurait en fait, si elle ne l'était pas en droit, la norme suprême. Le curieux mécanisme du Comité constitutionnel mis en place en 1946 devait en vérité confirmer et non infirmer cette tendance ancienne.

C'est cette situation qu'a plus ou moins renversée la constitution de 1958, sans d'ailleurs que ses rédacteurs, ni les contemporains, en aient eu une claire conscience. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas renfermé dans le rôle un peu court qui semblait d'abord lui être destiné. Et l'importante décision du 16 juillet 1971, dont les implications pratiques se sont trouvées dopées par la réforme de la saisine de cette haute instance, a ouvert à celle-ci de vastes horizons dont la configuration n'est pas encore parfaitement déterminée.

Cette capacité de contrôle renouvelée a naturellement retenti sur la notion de constitution. N'est-ce pas Marx qui observait judicieusement que les hommes ne se posent généralement que les questions qu'ils sont en mesure de résoudre ? Quoi qu'il en soit, la réflexion sur le contenu du « bloc de constitutionnalité » a pris une ampleur que nul ne prévoyait il y a seulement quinze ans (*Première partie*) et cette rupture engendre un malaise qui, pour s'exprimer volontiers sur le mode politique, n'épargne pas la doctrine juridique (*Deuxième partie*).

#### I. — LE CONTENU DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

##### 1. — *Prolégomènes sur la notion de constitution.*

Bornons-nous pour l'instant à quelques observations superficielles et conformistes. Certains auteurs distinguent volontiers la constitution

au sens *matériel* et la constitution au sens *formel*. Le premier sens est celui qu'on retrouve dans l'expression droit constitutionnel : il renvoie à l'ensemble des règles concernant l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics sans distinguer entre ces règles selon la forme de leur édicton (constitution, loi organique, loi, résolution, etc.). Au sens formel au contraire, la constitution est l'instrument ainsi nommé, « énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant, et qui, par suite, ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision », selon la formule de Carré de Malberg (1). Il va de soi qu'il ne sera question ici que de la constitution « formelle ». Tout au plus observera-t-on d'emblée que son aspect a changé depuis 1971 puisqu'elle n'est plus tout entière contenue dans un instrument unique : les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » sont naturellement visés par le préambule, mais on ne saurait en donner la liste puisque celle-ci se « découvre » progressivement au hasard des développements du contentieux.

A l'intérieur de la constitution « formelle », l'homogénéité des dispositions n'est pas évidente. Comme l'écrivait encore Carré de Malberg, « il y a des règles qui, bien que ne touchant aucunement à l'organisation de l'État et n'ayant, par conséquent, aucun caractère constitutionnel intrinsèque, font cependant partie de la constitution formelle : il suffit pour cela, quel que soit leur objet, qu'elles aient été établies par l'organe constituant et consacrées dans l'acte constitutionnel » (2). A première vue, on pourrait ainsi distinguer, au sein de l'instrument « constitution formelle » entre des dispositions répartissant les grandes fonctions entre les pouvoirs publics et en fixant les modalités techniques d'exercice et des dispositions déterminant le contenu des compétences de chacun. Pour faire court, on dirait que l'on retrouve à l'intérieur même de la constitution « formelle » des dispositions « matérielles » et des dispositions « formelles » (« procédures » pour la plupart).

Mais une telle distinction est relative. Un exemple le met particulièrement en évidence : les articles 34 et 37 (et tous ceux qui les complètent) *répartissent* ainsi les compétences d'édition normative par voie générale sur le fondement de leur *contenu*. De façon plus générale, les dispositions « matérielles » de la constitution ont un enjeu avant tout « formel » : il s'agit d'attribuer en certains domaines compétence au pouvoir constituant à l'exclusion de tout autre. Kelsen l'avait clairement marqué d'une formule lapidaire : « L'inconstitutionnalité

(1) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, tome 2, p. 571 et s.

(2) *Ibid.*, p. 572.

matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle » (3).

Et pourtant, malgré sa relativité, cette distinction court dans la doctrine de la théorie juridique, sous des présentations variées (4). Elle est perçue spontanément à la lecture des lois fondamentales. Elle recouvre un malaise traditionnel des juristes — celui qu'ils éprouvent devant les normes à faible détermination. Elle rend compte pour partie du débat ancien sur la valeur des déclarations et préambules constitutionnels. Ce débat, il nous faut le conserver en mémoire, car il est loin de ne présenter qu'un intérêt historique.

## 2. — Les termes du débat classique sur la valeur des déclarations et préambules.

Les constitutions de 1791, de 1793, de l'an III et de 1848, non contentes de placer de solennelles *déclarations des droits* en tête de leurs développements, énuméraient dans le cours de ceux-ci certains droits qu'elles garantissaient aux citoyens (*garanties des droits*). La constitution de l'an VIII, les deux chartes de 1814 et de 1830, de même que l'acte additionnel mentionnaient dans leur corps même un certain nombre de droits. La constitution de 1852 débutait en posant sans ambages dans son article 1<sup>er</sup> qu'elle « reconnaît (ssait), confirme (ait) et garanti(ssait) les grands principes proclamés en 1789 » et qu'elle les adoptait comme « base du droit public des Français ».

Ce n'est donc pas un mince paradoxe que le débat sur la valeur des déclarations, préambules et garanties de droits ne se soit développé que sous la III<sup>e</sup> République, alors que les lois constitutionnelles de 1875, dans leur brièveté, ne comportaient rien de tel. Mais, comme bien des paradoxes, celui-ci n'est en vérité qu'apparent : la question n'a pu prendre une certaine consistance qu'avec l'essor de la doctrine publiciste française (assez retardataire par rapport à

(3) Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution, la justice constitutionnelle, cette *Revue*, 1928, p. 206.

(4) Cf. les distinctions de Bentham entre « lois substantives » et « lois adjectives », de Duguit entre « règles de droit normatives » et « règles de droit constructives », de Max Weber entre « droit matériel » et « droit procédural », de Hart entre « règles primaires » qui « imposent des obligations » et « règles secondaires » qui « confèrent des pouvoirs », voire, d'une certaine façon, de Kelsen entre « théorie statique » et « théorie dynamique du droit » ; sur ces conceptions, dont nous ne disons pas qu'elles sont toutes identiques ni qu'elles correspondent exactement à la distinction étudiée, mais dont nous posons qu'elles révèlent une tendance spontanée de l'esprit juridique, v. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, L. G. D. J., 1980, p. 155.



l'allemande), marquée par les noms d'Esmein, de Carré de Malberg, de Duguit et d'Hauriou (5).

Les réflexions de Duguit et d'Hauriou choqueront les juristes de notre temps, profondément marqués par le positivisme formaliste. Elles soulèvent pourtant des questions d'une grande pertinence actuelle, nous le verrons dans la deuxième partie. Écoutons — un peu longuement — Duguit : « Le système des déclarations des droits tend à déterminer les limites qui s'imposent à l'action de l'État, et pour cela, on formule des principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire. Ces principes supérieurs, la déclaration des droits ne les crée point ; elle les constate et les proclame solennellement (...). Par conséquent, la loi par excellence, celle qui est plus forte que toutes les autres, lois constitutionnelles ou lois ordinaires, qui ne sont qu'une émanation d'elle, qui ne valent quelque chose que dans la mesure où elles se conforment aux principes qu'elle édicte, c'est la loi contenant l'énumération de ces droits individuels, c'est la déclaration des droits. Cela explique comment les auteurs de la plupart des constitutions ont cru nécessaire d'inscrire dans la constitution elle-même des *garanties des droits*, qui ne font point double emploi avec la déclaration proprement dite (...). Dans le système de 1789, il y a trois catégories de lois se hiérarchisant, les déclarations des droits, les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Le législateur constituant est soumis aux déclarations et le législateur ordinaire au législateur constituant. *A fortiori*, le législateur ordinaire est-il lié par les déclarations des droits, et s'il n'y a pas dans la constitution les dispositions rappelant ou garantissant les droits inscrits dans la déclaration, le législateur ordinaire n'en reste pas moins lié par la déclaration et il lui est toujours interdit de la violer, sous peine de faire une loi contraire au droit » (6).

La question demeurerait toutefois de savoir au nom de quoi la déclaration de 1789 aurait eu cette suprématie — la mettant à l'abri des changements constitutionnels — et non telle déclaration postérieure, celles de 1793 ou de l'an III. Duguit arguait du fait que la première déclaration n'avait pas été incorporée à la constitution de 1791 dont elle était clairement distinguée (7). Ce point ne fait guère de doute — même s'il ne va pas très loin, en glissant d'une perspective

(5) On est frappé, lorsqu'on lit les très nombreux commentaires contemporains des constitutions anciennes de voir l'incapacité de leurs auteurs, même talentueux, à dégager les virtualités proprement juridiques des déclarations et garanties des droits ; v. par exemple BERRIAT SAINT-PRIX, *Commentaire de la charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, Langlois et Delaunay, 1836, p. 36 et s.

(6) Ducuit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, de Boccard, tome 2, 1928, p. 183 et s. ; et tome 3, 1930, p. 603 et s.

(7) *Ibid.*, p. 610.

matérielle à une perspective formelle. Plus importante à nos yeux est la référence à la déclaration de 1789 qui se trouve dans des textes postérieurs — et notamment la constitution de 1852. Il va de soi par ailleurs qu'il n'échappe pas à Duguit que cet *acte déclaratif* est en même temps un *acte fondateur*, quel que soit le caractère curieux d'une telle formulation. Si l'on préfère : la déclaration est découverte des fondements non seulement du *droit public moderne*, mais, en son article 2 qui énumère les « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », de l'idée même du droit.

La position d'Hauriou n'était pas fondamentalement différente au fond. Il écartait la thèse *contumière*, par définition même assez inadéquate pour légitimer des droits *fondamentaux*. Dans la première édition de son manuel, il se ralliait au « système des principes » — à l'idée que, « comme, après tout, les déclarations des droits ne posent que des principes de droits individuels, sans aucune organisation, on peut soutenir que cette collection de principes continue de valoir par elle-même, sans avoir besoin d'un texte, comme valent tous les principes juridiques » (8). Dans la seconde édition, il bâtit une autre construction, centrée autour de l'idée de « constitution sociale » : « A bien des points de vue, écrit-il, la constitution sociale d'un pays est plus importante que sa constitution politique ». Et il fait de la déclaration des droits « le texte constitutionnel de la constitution sociale » (9). Il ne s'agit d'ailleurs pas tant pour lui de la constitution de 1789 que du fonds commun de l'ensemble des textes similaires intervenus depuis cette dernière (10).

Ailleurs, Hauriou va plus loin et rejoint Duguit dans la reconnaissance d'une véritable supra-constitutionnalité : « La loi constitutionnelle elle-même, écrit-il, ne doit pas échapper au contrôle du juge, il y a des occasions où le contrôle pourrait s'exercer sur elle. Par exemple, au fond, un amendement à la constitution serait en contradiction avec cette *légitimité constitutionnelle* (...) qui est au-dessus de la superlégalité elle-même parce qu'elle se compose de principes et que les principes sont toujours au-dessus des textes » (11).

(8) C'est le résumé qu'HAURIOU donne dans sa 2<sup>e</sup> édition du *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 626.

(9) *Ibid.*, p. 625.

(10) *Ibid.*, p. 626.

(11) *Ibid.*, p. 269 ; Hauriou précise le fond de sa pensée en posant, p. 276, qu'il y a, au-dessus de la loi constitutionnelle, « un ensemble de principes supérieurs qui sont de droit naturel et qui forment une *légitimité constitutionnelle* à laquelle la constitution écrite elle-même doit se conformer ». Notons qu'une telle pensée, qui surprend aujourd'hui, était familière aux juristes d'ancien régime qui articulaient volontiers la constitution au sens large en trois sous-ensembles hiérarchisés : lois divines, lois naturelles, lois fondamentales du royaume.

Esmein et Carré de Malberg développent des points de vue antithétiques. Le premier oppose avec vigueur les *déclarations des droits* et les *garanties des droits*. Ces dernières, écrit-il, « sont de véritables lois positives et obligatoires (...) ». Le but qu'on se propose en les édictant, c'est de conférer aux droits ainsi garantis la force qui est propre (...) aux dispositions constitutionnelles » (12). Dans la logique de cette position, Esmein se refuse à consacrer la valeur constitutionnelle de la déclaration de 1789 — qui selon lui ne l'aurait jamais eue — sous l'empire des lois de 1875.

Carré de Malberg, plus disert sur ce point, s'emploie à réfuter systématiquement Duguit. Il avance trois arguments. D'une part la déclaration de 1789 a été remplacée par d'autres (13). D'autre part, de deux choses l'une, ou bien la déclaration faisait partie de la constitution de 1791 et a disparu avec celle-ci, soit elle en était distincte, « mais alors, elle n'avait plus que la portée dogmatique d'une déclaration de vérités philosophiques » (14). Enfin, de façon allusive, le maître strasbourgeois esquisse un ultime argument : il oppose aux déclarations les garanties des droits « qui sont incorporées dans la constitution même, et qui, d'ailleurs, ne présentent elles-mêmes d'utilité juridique positive qu'autant qu'elles déterminent avec précision l'étendue et les conditions d'exercice du droit individuel garanti (...) » (15). Cette dernière objection est passionnante : c'est l'idée, latente dans toute la doctrine juridique, selon laquelle les principes faiblement déterminés ne sauraient être du droit (16) — idée qui découle du légicentrisme car elle serait évidemment impensable dans le contexte d'un système de production juridique s'acceptant comme principalement judiciaire tout en rejetant la technique du « précédent ». Idée constructiviste aussi que l'on retrouve sous la plume d'Esmein pour lequel l'exercice des droits « suppose (...) une réglementation que doit en faire le législateur ». Et il ajoute : « Tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse » (17). Mots terribles, on en conviendra... (18).

Ajoutons qu'une position intermédiaire était défendue par certains auteurs. La déclaration de 1789, au même titre par exemple que l'arti-

(12) ESMÉIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., par J. BARTHÉLÉMY, Paris, Sirey, 1914, p. 559.

(13) CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tome 2, p. 580 et s.

(14) *Ibid.*, p. 581.

(15) *Ibid.* (c'est nous qui soulignons).

(16) C'est à réfuter cette erreur que nous avons consacré l'essentiel de notre thèse précitée.

(17) ESMÉIN, *op. cit.*, p. 562 et s.

(18) Voir une plus large bibliographie sur la question in BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, L. G. D. J., 2<sup>e</sup> éd., tome 4, p. 128 et s.

de 75 de la constitution de l'an VIII, aurait survécu avec la force d'une simple loi s'imposant à l'action administrative. Tel était le sentiment de Jèze qui croyait pouvoir le fonder sur l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État (19).

### 3. Vers le tournant de 1971 : les mentions des préambules et la jurisprudence du Conseil d'État.

L'entrée en vigueur de la constitution de 1946 a déplacé la question en la simplifiant — sans nécessairement dépasser, nous y reviendrons, les débats antérieurs. Comme l'écrit M. Burdeau, « il ne s'agissait plus de savoir si la déclaration de 1789 avait conservé valeur juridique, mais si elle a effectivement cette valeur » (20). Le préambule de 1946 portait en effet que « le peuple français réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration des droits de 1789 ». Formule plus ou moins reprise en 1958 : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la constitution de 1946 ».

Ces dispositions ont favorisé une inflexion mesurée de la jurisprudence du Conseil d'État. Dans un premier temps, ce dernier s'est refusé à consacrer la valeur juridique du préambule pris comme tel, s'il a pu accorder une certaine valeur à telle ou telle de ses dispositions considérée comme principe général du droit (21). Cette timidité après 1946 laisse assez penser que Jèze sollicitait la jurisprudence antérieure. A partir de la fin des années cinquante, la haute assemblée a pu sembler se référer directement au préambule et accorder valeur juridique à la déclaration de 1789 (22) ou à des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République visés par le préambule de 1946 (23). Cette jurisprudence, au demeurant faible quantitativement par rapport à celle afférente aux principes généraux du droit, a été maintenue sous la Ve République (24).

Toutefois, le Conseil n'a pas renoncé depuis 1958 à son refus antérieur d'accorder une valeur juridique à certaines dispositions du

(19) Voir JÈZE, Valeur juridique des déclarations des droits, cette *Revue*, 1913, p. 688 et s.

(20) BURDEAU, *op. cit.*, p. 130.

(21) V., par exemple C. E., 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec.*, p. 426.

(22) C. E., 7 juin 1957, *Condamine*, cette *Revue*, 1958, p. 98, note Waline.

(23) C. E., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris, Rec.*, p. 317.

(24) C. E., 12 février 1960, *Société Eky, Rec.*, p. 101 ; C. E., 1<sup>er</sup> juin 1962, *Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire, Rec.*, p. 365.

préambule. Il est intéressant d'observer — nous verrons en effet la pertinence de cet élément pour le classement des dispositions du préambule — que celles dont il n'est ainsi pas fait application sont celles qui revêtent, non un caractère moins précis comme nous l'avons dit à tort ailleurs (25) mais une dimension programmatique. Il en va ainsi de l'alinéa proclamant « la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales » (26) ou de celui aux termes duquel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises » (27).

En vérité le Conseil d'État — même s'il n'hésite plus depuis la fin des années cinquante à se référer directement au préambule — préfère recourir à la technique pour lui familière des *principes généraux du droit*. Certes, pour les plus importants, ceux-ci reflètent les grands principes du préambule, mais, créés — « découverts » — par lui, ils constituent un instrument de contrôle plus souple. Dans la jurisprudence récente, il a toutefois été possible d'observer des formulations nouvelles et, au demeurant, assez curieuses. C'est ainsi qu'un arrêt *Groupe ment d'information et de soutien des travailleurs immigrés* a pu disposer « qu'il résulte des principes généraux du droit et notamment du préambule de la constitution de 1946 auquel se réfère la constitution de 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France, ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » (28).

C'est dans ce climat qu'a été prise par le Conseil constitutionnel l'importante décision du 16 juillet 1971.

4. — La portée de la décision du 16 juillet 1971.

Nous n'insisterons guère sur cette décision très connue et nous ne viserons ici qu'à présenter un tableau sommaire — qui vaudrait d'être nuancé et approfondi — de ses conséquences sur le champ de la constitutionnalité.

On dit souvent que, depuis 1971, la déclaration de 1789 et le

(25) Voir notre article *Constitution*, dans le tome 1<sup>er</sup> du *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 1983.

(26) C. E., 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, *Rec.*, p. 676 : « le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité » ; v. aussi C. E., 29 novembre 1968, *Tallagrand*, *Rec.*, p. 607.

(27) C. E., 28 juin 1974, *Fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux de la C. F. D. T.*, *Rec.*, p. 380.

(28) C. E., 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, *Rec.*, p. 493.

préambule de 1946, expressément visés par le préambule de 1958, ont valeur de normes constitutionnelles positives. Pourtant, la portée de cette « révolution » juridique demeure complexe. La formule du préambule de 1958 était susceptible de plusieurs interprétations. Ce dernier dispose en effet que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la déclaration de 1789 confirmée et complétée par le préambule de la constitution de 1946 ». Comme l'ont écrit MM. Favoreu et Philip, « on pouvait estimer que cette référence conduisait à intégrer dans la constitution de la Ve République l'ensemble des dispositions contenues dans les documents de 1789 et de 1946. On pouvait, au contraire, penser que les rédacteurs de 1958 avaient entendu limiter la référence « aux droits de l'homme » et aux « principes de la souveraineté nationale », ce qui incluait les libertés proprement dites, mais excluait les droits économiques et sociaux » (29).

Si, en dépit de certaines objections de la doctrine, il semble bien que la déclaration de 1789 ait dans son intégralité, ou presque, valeur constitutionnelle (30), par contre, le préambule de 1946 a été, de ce point de vue, plus sérieusement discuté (31). Il est apparu à certains qu'en visant les dispositions « ayant valeur constitutionnelle » du préambule de 1946, le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision du 15 janvier 1975, marqué qu'il considérait que toutes ses dispositions n'avaient pas d'elles-mêmes valeur constitutionnelle (32). Pourtant, l'utilisation de plus en plus fréquente de cette formule peut revêtir une autre fonction : en visant simplement un principe ou une règle « à valeur constitutionnelle », la haute instance fait souvent l'économie d'une référence à un texte précis : certes, le plus souvent, celui-ci peut être identifié sans trop de difficultés ; mais il y a peut-être là l'amorce d'un jeu plus libre pour le juge...

Un autre indice du caractère incomplètement constitutionnel du préambule de 1946 a été avancé. Alors que le Conseil n'hésite pas à appliquer directement la déclaration de 1789 sans rappeler le préambule de 1958, il prend bien soin, lorsqu'il invoque le préambule de

(29) FAVOREU et PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1979, p. 320.

(30) En ce sens, voir la démonstration du président LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p. 175 et s.

(31) Voir notamment PELLOUX, *Quelques réflexions sur le préambule de la constitution française de 1958*, *Mélanges Basdevant*, 1960, p. 289 et s. ; PHILIP, *La valeur juridique du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Mélanges Pelloux*, 1979.

(32) FAVOREU et PHILIP, *op. cit.*, p. 299 et s.



1946, de rappeler qu'il s'y réfère tel que confirmé — et donc dans la mesure où il y est renvoyé — par le préambule de 1958.

L'état de la jurisprudence et la réflexion de la doctrine conduisent pourtant à considérer, en dépit de cette réserve, que — ce qui ne manque pas d'audace — presque toutes les dispositions du préambule ont valeur constitutionnelle aux yeux du Conseil constitutionnel.

La référence du préambule de 1946 aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* appelle des remarques complémentaires. Depuis la décision du 16 juillet 1971, le Conseil a fréquemment eu recours à de tels principes (encore que de façon déclinante depuis quelques années). Au terme d'abondants débats doctrinaux, il semble qu'on puisse considérer que cette formule vise des principes d'une part concernant les libertés et les droits de l'homme (33), d'autre part délibérément conçus comme fondamentaux par le législateur des républiques antérieures — à l'exclusion de telle ou telle disposition technique ou conjoncturelle (34). Par contre, bien qu'en principe le Conseil constitutionnel mentionne le texte duquel il tire un tel principe, il peut lui arriver d'être plus laconique. D'où l'idée du professeur Philip selon laquelle les lois de la République « n'auraient pas vraiment valeur constitutionnelle mais seraient considérées comme *sources d'inspiration* pour le juge constitutionnel, lui permettant de dégager les principes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle » (35). Cette construction ne conviendrait pas entièrement (36). Peut-être faudrait-il attribuer un fondement coutumier à certains principes fondamentaux même lorsque des textes précis sont visés : ces derniers devraient être alors considérés comme reconnitifs, déclaratifs d'une part, comme opérant démonstration de

(33) LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 179.

(34) Les républiques antérieures, et pas seulement la III<sup>e</sup> ; *contra* RIVERO, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? *Dalloz*, 1972, chroniques p. 265 et s. ; la IV<sup>e</sup> République devrait logiquement être écartée, puisque le préambule de 1946 ne peut renvoyer qu'à des lois antérieures à cette date ; mais cette logique élémentaire peut être dépassée : d'une part la nouvelle consécration de 1958 favorise la prise en considération de la production législative de 1946 à 1958 ; d'autre part, si le mécanisme instaure certains traits coutumiers — ce sur quoi nous allons revenir — il n'y a pas lieu de l'interrompre à une date précise.

(35) PHILIP, La valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Mélanges Kayser*, 1979, p. 317.

(36) LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 179.

*opinio iuris* d'autre part, et enfin comme témoins heuristiques favorisant la découverte de la coutume (37).

On le voit, un certain nombre d'incertitudes pèsent sur le climat juridique actuel.

## II. — MALAISE DANS LA CONSTITUTIONNALITÉ

Ce malaise revêt deux formes principales. D'une part certains refusent l'idée de supra-légalité constitutionnelle au nom des exigences de souveraineté. D'autre part une forme d'anxiété se développe au regard des antinomies constitutionnelles qui se manifestent à chaque fois qu'un texte important est soumis au Conseil constitutionnel et que la doctrine, comme c'est son rôle, bâtit, dans les semaines qui précèdent la décision, des argumentations antithétiques. Il n'y a certes là rien de très ordinaire dans l'accouchemment juridictionnel du droit, mais dans la mesure où la loi — « expression de la volonté générale »... — est en cause, le soupçon de l'arbitraire du juge est volontiers accueilli (38).

### I. — La souveraineté et la supra-légalité constitutionnelle.

La plus belle expression de cette antinomie a sans conteste été donnée par la déclaration de 1793 en son article 28 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». Plus récemment, c'est M. René de Lacharrière qui, avec son exceptionnel talent, a le plus vigoureusement insisté sur cette difficulté : « La

(37) Une réflexion de ce type pourrait être conduite à propos de la décision du 20 janvier 1984 consacrant le principe de l'indépendance des procureurs.

(38) Nous ne nous attarderons pas ici sur le malaise théorique qui provient du désaccord de la doctrine sur la qualification de la fonction du juge constitutionnel et, par voie de conséquence, de la valeur de la constitution ; pour Kelsen, le juge constitutionnel est un organe législatif réel ; pour Ch. Eisenmann, il est un pouvoir constituant ; pour certains juristes, notamment américains, le juge promet des principes supra-constitutionnels... Voir un inventaire et une réflexion acérée, mais que nous ne reprendrions pas à notre compte, in TROPER, Le problème de l'interprétation de la supra-légalité constitutionnelle, *Recueil d'études en hommage Charles Eisenmann*, 1975, p. 133 et s., notamment p. 145 et s. ; mais il va de soi que ce trouble théorique n'affecte guère les masses, ni même... les socialistes qui, pour la plupart, semblent ignorer le problème ; il ne rentre pas dans la perspective de la présente contribution.

démocratie n'est pas mise en cause, théoriquement, puisque, si le système entier s'en réclame, la constitution sera censée formuler la volonté initiale et fondamentale du peuple sur l'organisation de l'État, y compris sur les conditions fixées à l'exercice du pouvoir législatif. Mais, poursuit l'auteur, « ce schéma intellectuel, d'abord séduisant, perd de sa clarté lorsque l'on remarque qu'une loi démocratique, ou réputée telle, vaut expression de la volonté nationale. Comment la volonté nationale peut-elle être liée par une de ses manifestations antérieures, au prétexte que celle-ci a été inscrite dans un document spécial, dénommé constitution ? ». A supposer que l'on admette ce point, il faudrait au moins « des règles constitutionnelles suffisamment précises, interprétées par des juges sérieux et respectés, exclu(ant) l'éventualité d'appréciations arbitraires qui viendraient, sans aucun fondement admissible, se substituer à la volonté du législateur. Si la constitution comportait des principes généraux susceptibles des interprétations les plus diverses, leur application entrerait pleinement dans la compétence législative et aucun juge (...) n'aurait de titre à empiéter sur ce pouvoir » (39).

On observera que cette construction comporte deux temps. D'abord elle affirme une sorte de logique de la souveraineté (avec, curieusement sous une telle plume, mais il faut bien être pratique, une forme de tolérance pour le régime représentatif...). Ensuite, elle considère, sans autre distinction, que « l'imprécision du texte constitutionnel (...) ne permet pas de lui reconnaître le caractère de droit positif et sanctionnable » (40). Laissons de côté le second volet, sur lequel nous reviendrons et qui n'est qu'annexe dans la réflexion de M. de Lacharrière. Le premier volet ne convainc guère *en droit*. A son fondement, il y a une notion contestable de la souveraineté. Le pouvoir souverain n'est pas en effet celui qui n'obéit à aucune règle, c'est celui qui ne se peut voir imposer de règles en dehors de son consentement. C'est le pouvoir qui s'autolimité et n'est pas hétérolimité. Ainsi l'État qui respecte les traités auxquels il a consenti ne renonce pas pour autant à sa souveraineté : il l'accomplit au même titre que l'individu qui exécute les contrats auxquels il est partie ne fait que réaliser sa volonté. On objectera que ceux qui ont accepté la constitution étaient le peuple français d'hier et non celui d'aujourd'hui. On ira peut-être plus loin encore avec M. Troper : « (...) c'est seulement par une fiction qu'on peut prétendre que le texte de la constitution a été voulu par le souverain, écrit ce dernier. C'est le corps électoral qui, par référendum,

a adopté la constitution et il est évidemment impossible de découvrir quel sens la majorité des électeurs attribuait à chacune des dispositions qu'elle votait » (41). A l'évidence *en fait*. Mais alors, l'idée même de droit se dissout (41 *bis*). Ceux qui respectent un traité sont rarement ceux qui l'ont passé : se trouve-t-il pour autant dénué de force obligatoire ? Il y a un jeu de fictions élémentaires sans lequel aucune vie juridique n'est possible — au premier rang desquelles la continuité et l'effectivité du souverain. La recherche de l'instantanéité créatrice, de la transparence, de l'immédiateté de la souveraineté, bute sur ces fictions dès lors que s'avère impossible une permanence démocratique directe qui impliquerait d'ailleurs elle-même des règles fondatrices.

Il va de soi par ailleurs que l'on pourrait conduire une sévère critique de ce monstre dévorant qu'est le concept de souveraineté — au nom justement de la transcendance de certains principes. Nous serons conduit à l'effleurer plus loin, mais elle n'est pas de notre objet ici.

## 2. — Les antinomies constitutionnelles.

Ces antinomies sont assez flagrantes, non seulement entre la déclaration de 1789 et le préambule de 1946, nettement socialisant, mais aussi au sein même de chacun de ces deux documents. L'antinomie majeure de la déclaration de 1789 est d'une particulière gravité puisqu'elle confronte une inspiration qu'on appellera — par souci de simplification — « jussuraliste » et une méthode franchement « volontariste ». D'un côté en effet l'article 2, entre autres, *déclare* hautement l'existence « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». De l'autre, la plupart des articles confient au législateur la mission de *poser* le cadre de l'exercice de ces droits. Lisons la déclaration. Il n'y

(41) Troper, La constitution et ses représentations sous la Ve République, *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 66.

(41 *bis*) Le constitutionnalisme traditionaliste parvient seul à dépasser tout à fait l'antinomie en faisant coïncider la fiction avec la réalité juridique. Il faut relire un fameux passage de Joseph de Maistre au début de l'*Essai sur le principe générateur des constitutions politiques* (1809) : « On a cru souvent faire une excellente plaisanterie aux Français en leur demandant dans quel livre était la loi saine ? Mais Jérôme Bignon répondait fort à propos (...) qu'elle était écrite *ès cœurs des Français*. En effet, supposons qu'une loi de cette importance n'existe que parce qu'elle est écrite, il est certain que l'autorité quelconque qui l'aura écrite aura le droit de l'effacer ; la loi n'aura donc pas le caractère de sainteté et d'immutabilité qui distingue les lois véritablement constitutionnelles. L'essence d'une loi fondamentale est que personne n'ait le droit de l'abolir ; or, comment sera-t-elle au-dessus de tous, si *quelqu'un l'a faite* ? »

(39) LACHARRIÈRE, Opinion dissidente, *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 134 et s. ; du même, voir le stimulant ouvrage *La Ve, quelle république ?* P. U. F., 1983, p. 83 et s.

(40) LACHARRIÈRE, Opinion dissidente, précité, p. 137 et s.

est question que de « bornes (...) déterminées (...) par la loi », de répression du trouble à « l'ordre public établi par la loi », de sanction de « l'abus de (...) liberté dans les cas déterminés par la loi » ; et l'on voit un « droit inviolable et sacré » céder devant « la nécessité publique légalement constatée »... L'article 5 est une vraie charte du positivisme : « 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 ».

Son inspiration libérale est cependant nette. Ce qui n'est pas le cas du préambule de 1946. Mais là encore, l'homogénéité de l'apport est relative. Il apparaît ainsi de plus en plus clairement que les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » constituent une inépuisable ressource libérale pour le Conseil constitutionnel, alors que les « principes politiques, économiques et sociaux (...) particulièrement nécessaires à notre temps » ont une tonalité nettement différente.

Les antinomies n'ont pas lieu d'inquiéter en général. Après les travaux de MM. Villey ou Perelman, nul ne peut ignorer ce que l'on savait pleinement à Rome ou au xix<sup>e</sup> siècle : le rôle du juge dans la *mise en œuvre-découverte* du droit au travers du débat contradictoire des parties. Mais les antinomies sont plus gênantes des lors qu'il s'agit de juger des règles et non des situations juridiques. Alors, par-delà les artifices des techniques interprétatives habituelles, il est difficile d'éviter, au besoin implicitement, la *hiérarchisation* des principes contradictoires (42).

La vraie question — et l'on voit ainsi l'utilité actuelle des réflexions apparemment si « dépassées » de Duguit et de Hauriou — est donc de savoir si toutes les normes contenues dans l'*instrument* constitutionnel ou non la même valeur — parmi celles naturellement qui ont vocation normative (43). La réponse à cette question cruciale n'est pas évidente. Mais on trouve cependant quelques éléments dans la jurisprudence du Conseil.

(42) Le juge est très habitué à se mouvoir dans un univers de normes de valeurs différentes ; c'est le cas des normes « jurisprudentielles » elles-mêmes, qui ne sont pas toutes de valeur identique en dépit d'une idée répan-

due ; voir RIALS, *Le juge administratif français...*, *op. cit.*, p. 213 et s.

(43) M. THORER, *La constitution...*, article précité, p. 65, oppose « propositions normatives » et « jugements de réalité » ; on considérera que, dans la déclaration de 1789, l'article 16, par exemple (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ») relève de la seconde catégorie mais en vérité, même les « jugements de réalité » peuvent faire l'objet de l'art du juge d'un traitement tendant à leur conférer un contenu normatif. Et le Conseil constitutionnel y a notamment procédé en ce qui concerne la séparation des pouvoirs.

### 3. — Vers une hiérarchisation des normes formellement constitutionnelles ?

Il faudrait conduire ici une étude très systématique. Mais quelques précieuses indications peuvent être tirées de la décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations. A son propos, l'éminent spécialiste qu'est le président Favoreu a parlé à la fois d'une « remise en ordre au sein du bloc de constitutionnalité » et de « questions à demi résolues » (44). La remise en ordre tient en ce que le Conseil affirme la pleine valeur de la déclaration de 1789 et le caractère simplement « complémentaire » des principes de 1946. Mais plus loin, l'auteur semble ne pas se satisfaire de la conciliation en trompe-l'œil des articles 2 et 17 de la déclaration de 1789 et de l'alinéa 9 du préambule de 1946 (45). Il ne développe malheureusement guère ce point.

D'un côté, le Conseil semble considérer, selon l'expression de M. Favoreu, que « l'alinéa 9 du préambule ne comporte ni une obligation ni une limite pour le législateur. En somme, ce texte n'a aucun effet juridique ». Mais d'un autre côté, force est de considérer qu'en même temps que la valeur théorique de la déclaration de 1789 se trouve magnifiée, son efficacité pratique est anéantie dans la mesure où on imagine mal qu'elle autorise — dans sa lettre et son esprit — des nationalisations de l'ampleur de celles réalisées. Le Conseil a considéré que « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise (à son examen) ne saurait en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci ». Ce faisant, il a pleinement consacré — en fait sinon en droit — la substitution du texte de 1946 à celui de 1789 par un tour de passe-passe qui ne satisfait guère l'esprit. Voilà un « recentrage (...) au profit de la déclaration des droits, devenue élément essentiel (du bloc) de constitutionnalité (...) au détriment des principes particulièrement nécessaires à

(44) FAVOREU, Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, cette *Revue*, 1982, respectivement p. 402 et 417 ; voir aussi les pénétrantes réflexions historiennes de M. J.-L. MESTRE, *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété*, Dalloz, 1984, chroniques, p. I et s.

(45) Rappelons ces textes ; article 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 » ; article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; alinéa 9 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole le fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

notre temps » (46). Mais un « recentrage » platonique pour des raisons que l'on ne peut qu'imputer au climat politique.

Bref, le juge constitutionnel ne peut éviter de renier une hiérarchie qu'il discerne (47). C'est ce que M. Favoreu constate en des termes intéressants par la gêne relative qu'ils révèlent de la part d'un *amicus curiae* : « Le juge constitutionnel semble établir une hiérarchie entre les principes tirés de la déclaration des droits et ceux tirés du préambule de 1946. Mais il ne faudrait pas en déduire que les principes de la déclaration des droits sont systématiquement prééminents ou que les principes particulièrement nécessaires à notre temps sont toujours en situation d'infériorité. En fait (...) quelle que soit l'origine de ces principes, ils ne sont jamais absolus » (48).

Nous regrettons pour notre part que le Conseil n'ait pas eu une position plus claire tendant à distinguer trois types de dispositions au sein du préambule : les droits fondamentaux, les principes constitutionnels et ce que M. Burdeau baptise les « dispositions-programmes » (49).

La liste des droits fondamentaux ne serait pas très longue : qu'il s'agisse de l'égalité juridique de l'article 1<sup>er</sup> de la déclaration de 1789 ou de la propriété et de la sûreté de l'article 2, ils se ramènent tous en vérité à la liberté, elle aussi consacrée par l'article 2, à la liberté dans ses diverses dimensions, à la liberté qui est la pierre angulaire de notre système juridique (50).

(46) FAVOREU, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel* en 1981-1982, cette *Revue*, 1983, p. 359.

(47) Et une hiérarchie qui ne lui est pas tout à fait étrangère dans sa pratique la plus ordinaire puisqu'il fait figurer dans le bloc de constitutionnalité des normes *infra*-constitutionnelles ; ainsi les lois organiques (et singulièrement l'ordonnance portant loi organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances).

(48) FAVOREU, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel* en 1981-1982, cette *Revue*, 1983, p. 361.

(49) BURDEAU, *op. cit.*, tome 4, p. 131.

(50) Même pour un adepte de la « volonté générale », le caractère proprement fondateur de la liberté est incontournable ; souvenons-nous que Rousseau place au fondement ultime de son système la souveraineté individuelle ; le sophisme par lequel il passe de la liberté de l'individu à l'emprise du groupe sur l'individu n'ôte rien à cette affirmation première ; au demeurant, ainsi que le montrent bien certains auteurs, Rousseau a été trahi par le rousseauisme ; il n'envisageait en effet qu'un tout petit nombre de lois, aussi permanentes et immuables que possible, vraiment générales, et votées à la quasi-unanimité — et non une quelconque tyrannie majoritaire ; voir SARTORI, *Théorie de la démocratie*, Paris, Colin, 1973, p. 234 ; et surtout DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, *passim*. Les exigences posées par Rousseau pour qu'il y ait *volonté*

La liste des principes constitutionnels, large, serait progressivement enrichie par les « découvertes » du juge : à côté des garanties prévues en 1789, du droit syndical ou du droit de grève, explicitement mentionnés par le préambule de 1946, prendraient peu à peu place les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Enfin, les « dispositions-programmes » joueraient le rôle de principes d'interprétation, permettant d'orienter le choix entre les possibles autorisés par les autres normes.

Une telle construction ne se fonderait pas sur le critère contestable de la plus ou moins grande « détermination » des normes de référence qui, nous l'avons dit, n'est pas pertinent (51). Les droits fondamentaux en effet, malgré leur généralité, ne sauraient être *prescrits* pour cause d'insuffisante détermination et il appartient donc au juge d'en assumer l'application. Cette construction — qui ne serait en vérité qu'une reconnaissance — s'appuierait, osons le dire, sur la considérable inégalité *matérielle* des dispositions en cause. D'un côté, il y a quelques principes qui sont à la base de tout le mouvement juridique, des principes que notre ordonnancement juridique, par le truchement de la déclaration de 1789, ne se permet pas de constituer mais reconnaît comme antérieurs et supérieurs, naturels et imprescriptibles. Ils bénéficient d'un exceptionnel consensus. De l'autre, il y a d'une part des principes qui correspondent à un moment donné de notre civilisation juridique — éminents certes, mais manifestement inférieurs aux précédents qu'ils se contentent souvent de préciser au regard de l'éthique du dernier siècle —, et d'autre part des propositions programmatiques qui ne font certes pas l'objet d'un sentiment unanime de l'opinion (les nationalisations par exemple), qui apparaissent étroitement marquées par les circonstances de leur élaboration, qui ont parfois le caractère de simples directives (ainsi lorsque le préambule de 1946 pose que « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ») ; ou que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »).

Un autre trait de distinction matérielle doit être noté. D'un côté, il y a plutôt des libertés qui supposent l'abstention de la puissance publique, qui sont susceptibles d'un traitement proprement juridique, de l'autre plutôt des « droits de créance » qui impliquent son intervention et donc la mise en œuvre de choix proprement politiques : identification des priorités, arbitrage entre les moyens... D'un côté le juge constitutionnel a tous les moyens de vérifier le respect des principes,

*générale* tendaient en vérité à dépasser en pratique l'antinomie du naturalisme et du volontarisme ; en ce sens RIALS, *Les socialistes trahissent Rousseau*, *Le Figaro*, 17 avril 1984.

(51) Voir RIALS, *op. cit.*, p. 235 et s.



de l'autre il ne peut guère éviter, s'il va trop avant, de substituer, en fait, un jugement d'opportunité à celui des politiques.

Une telle hiérarchisation, bien loin de promouvoir l'arbitraire du juge constitutionnel le ferait régresser. Et il faut craindre en conséquence que ce dernier ne développe pas certaines virtualités de sa jurisprudence récente de peur de limiter une latitude d'action qu'il doit juger précieuse au regard des contraintes politiques. L'incertitude sur les *contours* de la constitutionnalité est partiellement inévitable : son champ est appelé à s'enrichir peu à peu ne serait-ce que par la consécration de principes tirés des lois de la République. Il est plus gênant que cette incertitude affecte la *structure* de la constitutionnalité. C'est pourquoi la solution parfois proposée ces temps-ci dans les rangs de l'opposition d'une extension des droits et libertés constitutionnellement garantis apparaît comme relativement inadéquate. A multiplier les propositions, on ne ferait qu'accroître le nombre des antinomies virtuelles et donc à la fois la marge d'action du Conseil et la contestabilité de ses décisions. Il serait plus expédient de consacrer la suprématie de la liberté — et donc de l'article 2 de la déclaration de 1789 — sur les autres principes constitutionnels et ensuite de se fier à un Conseil constitutionnel dont il ne serait pas mauvais peut-être de revoir les modalités de désignation.

\* \*

#### *Apostille sur la légitimité théorique de l'idée de supra-constitutionnalité.*

L'idée d'une hiérarchie des principes constitutionnels ou — si l'on préfère — l'idée de la supra-constitutionnalité d'un ou plusieurs principes pourra surprendre à l'ère du formalisme positiviste dominant. Elle est pourtant inévitable. Dans un article récent, particulièrement brillant et corrosif, M. Amsselek contestait le « positivisme » de Kelsen en ces termes : « Le positivisme juridique n'est pas seulement l'héritier (ou plutôt le tributaire) du jusrationalisme dans ses fondements mêmes il l'est aussi dans une démarche essentielle dont on aperçoit la persistance chez les juristes positivistes : celle consistant à vouloir *fonder le droit*, — entendons : expliquer pourquoi on doit obéir au droit, donner les raisons pour lesquelles on est tenu de se conformer aux prescriptions juridiques (...) (52) ». Cela est rigoureusement juste ; mais on ne voit guère, à moins de verser dans une forme de nihilisme juridique, comment faire l'économie de la question sur laquelle

(52) AMSSELEK, Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, *Archives de philosophie du droit*, 1983, p. 277.

bute celui que la plupart des juristes considèrent comme le plus achevé des positivistes, Kelsen lui-même.

Rappelons sa position : « La norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme — écrit-il — est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini (...). Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit *posée*, — elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que *supposée*. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême : la norme fondamentale (*Grundnorm*) » (53). Cette norme fondamentale, Kelsen l'exprime ainsi : « On doit se conduire de la façon que la constitution prescrit » (54). Il est passionnant de voir que Kelsen pressent la gêne de ses lecteurs devant de tels développements : il consacre en effet plusieurs pages au thème « théorie de la norme fondamentale et doctrine du droit naturel » (55). Là il note : « Il faut l'affirmer avec force et insistance — de la norme fondamentale, on ne peut pas déduire son contenu. Quel que soit son contenu, un ordre de contrainte efficace en gros et de façon générale peut être légitimement interprété comme un ordre normatif objectivement valable ». Notons le caractère très embarrassé de ce propos et... la réintroduction du « matériel » : « efficace en gros et de façon générale »... Kelsen poursuit : « On ne peut refuser à aucun ordre juridique positif la validité sous prétexte du contenu de ses normes. Ceci est un élément essentiel du positivisme juridique ». Sans doute. Mais on ne voit guère ce que les positivistes peuvent objecter à ceux qui refusent de se contenter d'une norme fondamentale aussi sèche, conque, dans une perspective post-kantienne, « comme hypothèse logique transcendante », ainsi qu'aime à le dire Kelsen. Il faut obéir, pose la *Grundnorm* : *pourquoi et dans quelle mesure* sont des questions que ne saurait apaiser une telle proposition et dont on ne parvient pas à concevoir en quoi elles devraient être comprises comme extérieures à la problématique juridique. Le choix de réduire le droit à

(53) Kelsen, *Théorie pure du droit*, éd. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 257. Notons que MAISTRE, toujours dans le *Principe générateur*, précité, avait parfaitement identifié la difficulté : « L'accord du peuple est impossible ; et, quand il en serait autrement, un accord n'est point une loi, et n'oblige personne, à moins qu'il n'y ait une autorité supérieure qui le garantisse ».

(54) Kelsen, *op. cit.*, p. 266.

(55) *Ibid.*, p. 293 et s.

l'ordonnancement juridique posé, d'en faire une instance purement formelle, est à la fois contraire à l'expérience immédiate des juristes et parfaitement idéologique. On ne peut faire l'économie d'une « légitimité constitutionnelle », comme le disait Hauriou, supérieure à la constitution elle-même, et ce même si l'expression s'en trouve formellement inscrite dans cette dernière, comme c'est le cas avec l'article 2 de la déclaration de 1789.

Un autre type d'argumentation renforce ce qui vient d'être dit. Les communards puis les républicains — on le sait — opposèrent aux royalistes de l'Assemblée Nationale de 1871 une construction visant à leur interdire la restauration du principe monarchique. L'Assemblée, disaient-ils, est issue du suffrage universel et ne peut donc tenir sa légitimité que du peuple : dès lors, elle ne saurait éviter de traduire cette souveraineté originaire dans un régime qui la respecte et la garantisse. Cette proposition était des plus justes : la monarchie n'aurait pu, en bonne logique, être restaurée que sur le fondement de son propre principe et non à la suite d'un quelconque « appel » des élus (souvenons-nous de l'octroi de 1814). La loi constitutionnelle du 14 août 1884 s'emploiera plus tard à formaliser — à déclarer — cette suprématie logique, dans un tel contexte, du principe républicain sur les lois constitutionnelles elles-mêmes. De la même manière, on ne parvient pas à imaginer comment la volonté générale, même en la forme constitutionnelle, pourrait valablement porter atteinte à la liberté et à l'égalité de droit sans lesquelles elle perd toute signification...

C'est dans la contradiction de cette nécessité théorique de la supra-constitutionnalité et de la difficulté, pour les esprits contemporains, de l'accepter qu'il faut chercher les racines profondes de la crise de la notion de constitution que nous vivons ces temps-ci. Et ce n'est qu'en la surmontant — c'est-à-dire en retrouvant l'adhésion des esprits à une nécessité hors de laquelle il n'y a place que pour le rapport de forcés — que nous sortirons de la désagréable incertitude dans laquelle nous campons (56).

Stéphane RIALS,

Professeur à la Faculté de Caen.

(56) L'ouvrage de M. J.-C. BALAT, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le Code de l'article 61 de la Constitution de 1958*, Paris, Travaux de Paris II, P. U. F., 1984, est paru après la rédaction de cet article. Nous nous réservons de revenir sur cette étude dans *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1985, n° 1 (P. U. F.).

**DOCUMENT 11** : G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » » in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : colloque des 25 et 26 mai 1989 du Conseil constitutionnel, P.U.F., Paris, 1989, p. 35-73 (extraits).

## II. LE PROBLEME DE LA HIERARCHIE AU SEIN DU «BLOC DE CONSTITUTIONNALITE»

15/Le problème que l'on va examiner maintenant est posé à partir d'une interrogation brute que l'on peut ainsi formuler : toutes les règles faisant partie du bloc de constitutionnalité ont-elles la même valeur ? Certaines ne doivent-elles pas, en cas de conflit, être préférées à d'autres ? Par exemple, la Déclaration de 1789 prime-t-elle ou non les dispositions du Préambule de 1946 ? Prime-t-elle les articles de la Constitution ?

Peut-être faudrait-il ici dire un mot des principes gouvernant la solution d'un conflit de normes. Un tel conflit se produit lorsque deux normes ont un contenu contradictoire de telle sorte que leurs destinataires devraient tenir deux conduites qui ne sont pas simultanément cumulables. C'est ce qu'évoque la vieille plaisanterie britannique sur le soldat qui aurait dû commettre un meurtre sur l'ordre de ses chefs et qui aurait eu ainsi le choix entre le poteau d'exécution militaire s'il n'obéit pas et la potence civile s'il obéit.

Il existe diverses règles de solution des conflits. En gros, elles se ramènent à rechercher le principe en vertu duquel l'une des règles en conflit est valide et l'autre non. Tel sera le cas lorsqu'on se réfère à la théorie de l'abrogation de la loi ancienne par la loi nouvelle (avec ses exceptions) ou lorsque le droit international privé évince la loi nationale au profit de la loi étrangère ou inversement.

C'est l'appel à la hiérarchie des normes qui, dans un ordre juridique déterminé, fournit la règle de solution des conflits lorsque celles-ci sont de rang inégal. C'est le principe de hiérarchie qui permet l'annulation ou la non-application de la décision administrative contraire à la loi, du règlement parlementaire ou de la loi votée contraire à la Constitution.

Mais il peut se faire que le conflit de normes ne puisse être résolu par un appel à la notion de validité. Il est des hypothèses où il se produit entre deux règles appartenant au même ordre juridique, de même niveau hiérarchique et l'une et l'autre non abrogées. Si les critères de validité *stricto sensu* ne fournissent pas de règle de solution du conflit, celui-ci ne peut être résolu que par l'interprétation. On passe du plan de la validité à celui de l'interprétation-distinction d'ailleurs plus riche en incertitudes que la pure logique ne le laisserait penser (comme le montre l'exception apportée par l'adage *Generalia specialibus non derogant* à la théorie de l'abrogation tacite).

Par voie d'interprétation, le conflit sera résolu principalement de l'une ou l'autre façon que voici. Ou bien l'interprète qualifié - le juge - découvrira que le respect de l'une et de l'autre normes est simultanément possible, ce qui revient à dire que le conflit n'était qu'apparent. Ou bien le conflit est réel, et celui qui doit faire application de l'une et l'autre règles est amené à les «concilier», c'est-à-dire à les appliquer partiellement l'une et l'autre. Ce dernier cas se présente souvent lorsque le conflit se produit entre droits ou principes tous de valeur constitutionnelle.

En pareil cas, tout comme les «conciliations» maintes fois opérées par le Conseil d'Etat entre des règles antagonistes de même valeur, le Conseil constitutionnel recherche une sorte d'amicable composition entre les droits ou les principes dont il a la garde.

naturel. En droit positif, elle ne peut davantage se fonder sur aucune différenciation objective que la procédure d'édiction du texte établirait entre telle ou telle partie de la Constitution. Toujours en droit positif, elle ne peut se fonder sur le contenu du texte. Le fait que le Préambule de 1946 «confirme» et «complète» la Déclaration de 1789 n'empêche pas que le constituant a énoncé de façon positive en quoi consistent ces compléments. Aucune autorité ne peut retrancher tel ou tel de ces compléments ou l'invalider. Ils sont ce qu'ils sont. Il peut se poser à leur sujet un problème d'interprétation, mais non de validité. Ce sont deux points de vue tout à fait différents.

En sens inverse, l'autre tentation serait de faire prévaloir le texte du Préambule de 1946 sur celui de la Déclaration de 1789. En ce sens, encore deux arguments. Le premier serait de faire valoir que le texte plus récent doit être préféré au plus ancien. Le second serait que les «principes particulièrement nécessaires à notre temps» doivent l'emporter sur des principes venant d'autres temps.

Mais, ici encore, on ne saurait acquiescer ni à l'un ni à l'autre de ces raisonnements. Le premier d'entre eux revient en somme à dire que le Préambule de 1946 - *lex posterior* - a abrogé ou modifié les dispositions de la Déclaration de 1789 en ce qu'elles lui ont de contraire. C'est bien mal appliquer la théorie de l'abrogation tacite qui ne peut jouer qu'entre règles édictées à des dates différentes. Or si, historiquement, la Déclaration de 1789 est évidemment antérieure au Préambule de 1946, juridiquement leur édicton en règles faisant partie intrinsèque de la Constitution de 1958 s'est faite simultanément et son effet dans le temps ne joue pas plus au profit de l'une que de l'autre. Quant à l'idée que les principes valables pour les temps nouveaux sont d'une validité supérieure à celle des principes posés dans des temps anciens, elle se réfute par un raisonnement symétrique à celui qui condamnerait la proposition inverse. Le constituant a bien pu estimer que les principes posés par le Préambule étaient «particulièrement nécessaires à notre temps». Mais il a laissé subsister le texte de 1789 dans son intégralité et aucune autorité ne peut opérer, au nom d'une hiérarchie sans fondement positif, de retranchements traduisant une invalidation partielle de la Déclaration.

20/La démonstration que l'on vient d'esquisser pourrait être généralisée. Elle servirait notamment à établir que l'ensemble formé par les principes, droits et libertés de 1789, 1946 et 1958 n'est pas hiérarchiquement supérieur aux autres dispositions, même jugées mineures, de la Constitution.

Précisons une fois de plus ce que nous entendons par là. Il ne s'agit pas de dire que la prohibition de la censure de la presse n'est pas plus «importante» que celle du cumul de la fonction ministérielle et d'un mandat parlementaire. Il s'agit de dire que l'une et l'autre de ces règles, édictées dans la Constitution

19/Cet exemple est emprunté au point de savoir si les dispositions de la Déclaration doivent, le cas échéant, l'emporter sur celles du Préambule ou si c'est l'inverse qui est vrai.

Il est exact que, dans nombre de cas, les principes ou droits définis par la Déclaration paraissent entrer en conflit avec ceux énoncés par le Préambule. Le caractère «individualiste» et «propriétaire» du texte de 1789 n'est plus en parfaite harmonie avec le texte, postérieur de plus d'un siècle et demi, voté en 1946. Peut-on résoudre cette contradiction au nom d'une «hiérarchie» qui existerait entre les deux textes ? Pour répondre à cette question, deux tentations se présentent, qui doivent être également repoussées.

La première consisterait à donner la primauté à la Déclaration. En ce sens, on invoquerait deux arguments. Ce serait d'abord que la Déclaration est le texte initial, celui qui a posé les fondements des droits et des libertés, notamment en dégagant l'idée même des Droits de l'homme et la définition des buts de la société. Le second argument serait que, selon les termes mêmes du Préambule de 1958, le Préambule de 1946 «confirme» et «complète» la Déclaration.

L'un et l'autre arguments sont mal fondés du point de vue de la hiérarchie. Le premier en effet revient à créer, au sein de la Constitution, une sorte de «supra-constitutionnalité» au profit de la Déclaration. Cette supra-constitutionnalité ne peut, dans notre système juridique, se fonder sur le droit

par le même vote et ne pouvant être modifiés, ou abrogées que selon la même procédure de révision, ne diffèrent l'une de l'autre ni en validité ni en force juridique.

On doit donc admettre que la Déclaration et le Préambule de 1946 ont, en droit constitutionnel positif, une valeur exactement égale à celle des autres dispositions de la Constitution. En cas de conflit, il y aura lieu à interprétation des règles, non à classement hiérarchique entre elles.

Toute autre affirmation conduirait à construire de toutes pièces et hors de toute référence au droit positif, on l'a déjà dit, une théorie de la «supra-constitutionnalité», œuvre arbitraire et purement subjective.

21/Pour en terminer avec l'idée d'une «hiérarchie» intérieure au bloc de constitutionnalité entendu *stricto sensu*, il faut faire droit à une remarque souvent faite selon laquelle, quel que soit le niveau juridique du texte où elle est insérée, une proposition ne constitue une règle de droit que si elle prescrit positivement ou négativement à ses destinataires une certaine conduite.

Sans entrer dans des discussions savantes, on tombera d'accord sur le fait qu'une proposition telle que «Le soleil se lève en toutes saisons à six heures du matin» n'est pas une règle de droit.

De là on peut être tenté de déduire, comme d'aucuns l'ont fait, que certaines dispositions de la Déclaration de 1789 ou du Préambule de 1946 n'ont pas valeur constitutionnelle. Sans doute figurent-elles dans un texte de niveau constitutionnel, mais, leur teneur n'étant pas celle d'une prescription de conduite suffisamment précise, il leur manque, pour être une règle de droit constitutionnel, une condition nécessaire : le caractère normatif.

Il semble bien qu'une telle assertion déduise d'une base exacte des conséquences contestables.

En réalité, le problème de la valeur d'une proposition insuffisamment normative est en général traité par rapport au point de savoir si cette proposition est directement applicable par le juge à qui un plaideur en demande le bénéfice. Pour prendre un exemple dans un système où le Code pénal aurait omis de reprendre le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, mais où le constituant aurait posé cette règle dans la Constitution, le juge devrait appliquer ce principe qui comporte une prescription précise. En revanche, dans une situation comparable, le juge ne saurait, faute de loi d'application, mettre directement en œuvre les dispositions très imprécises du Préambule relatives à «la solidarité et à l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales» proclamée par le Préambule de 1946.

Mais c'est par une transposition illégitime que l'on déduirait de ces prémisses l'inexistence d'une règle constitutionnelle en raison de son imprécision. En effet, si l'imprécision d'une prescription empêche à un certain niveau le juge de la

considérer comme étant d'application directe, elle n'empêche pas à un niveau supérieur un juge doté d'une compétence appropriée de lui faire produire effet. Sans doute aucun juge constitutionnel ne pourrait-il rien tirer de la proposition selon laquelle le soleil se lève à heure fixe, car elle ne peut avoir aucun contenu normatif. En revanche, il pourrait fort bien censurer une loi qui, en matière de calamités nationales, méconnaîtrait le principe de solidarité, car l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la précision ou l'imprécision de la norme constitutionnelle déterminent pour le législateur des zones de compétence liée et de pouvoir discrétionnaire différentes et, en cas de silence de la loi, des pouvoirs différents pour le juge.

Prenons un exemple emprunté à l'article 8 de la Déclaration : «La loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.»

Ce texte renferme une règle, celle de la non-rétroactivité de la loi pénale, dont la précision est telle que le Code pénal dans son article 4 n'en dit pas davantage.

En revanche, dans sa première partie, il renferme un principe, celui de la «nécessité des peines» dont *a priori* on peut penser non seulement qu'il n'est pas d'application directe mais encore que son imprécision lui interdit d'accéder au rang de règle de droit. Et, de fait, le Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la loi dite «sécurité et liberté» des 19 et 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC), semblait en remettre l'application à l'appréciation discrétionnaire du législateur.

Et pourtant, dans la même décision, le Conseil constitutionnel en faisait une application inattendue en interdisant au législateur d'enfreindre la règle de la *lex mitior*, pourtant non explicitée dans la Déclaration mais découlant, selon lui, de ce que le législateur, lorsque, pour une infraction donnée, il édicte une peine plus douce, reconnaît par là même que la peine ancienne plus sévère a cessé d'être «strictement et évidemment nécessaire». Bien plus, usant de la prudente réserve de l'«erreur manifeste» qu'il avait sagement insérée en 1981 dans la partie de la décision reconnaissant au législateur un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur la sévérité de la peine, il devait, sept ans plus tard (30 déc. 1987, n° 87-237 DC, Loi de finances pour 1988), censurer une disposition législative établissant une sanction «manifestement disproportionnée».

Si l'on ajoute que le Conseil d'Etat a pu, sur la base de la disposition du Préambule, pourtant fort vague, selon laquelle «la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement», censurer des dispositions réglementaires discriminatoires à l'égard des étrangers et de leurs familles (C.E., 8 déc. 1978, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, *Rec.*, p. 493, concl. Dondoux, rapp. C.E., 6 juin 1986, Fédération

des agents de la fonction publique, *Dr. soc.*, 1986, 725, concl. Massot), on voit que l'imprécision d'une norme constitutionnelle relative aux droits et aux libertés, si elle peut mettre obstacle à sa mise en œuvre directe sans le relais de la loi, n'empêche nullement qu'elle serve de base à la censure de la loi ou du règlement qui lui est contraire. Le degré de son imprécision a, de ce dernier point de vue, pour seul effet d'ouvrir au législateur, à l'Administration ou au juge un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu.

22/La seule raison qui pourrait faire écarter du droit constitutionnel positif certaines dispositions de la Déclaration ou du Préambule serait leur caducité. Ainsi en va-t-il, comme le note François Luchaire (*La Protection constitutionnelle des droits et des libertés*), des alinéas du Préambule de 1946 concernant l'Union française.

En ce qui concerne la Déclaration, il est de fait qu'aucun de ses articles n'est atteint par une caducité analogue.

23/On peut donc conclure sur le problème de la hiérarchie juridique au sein du bloc de constitutionnalité au sens précis du mot :

- Toutes les dispositions de la Déclaration des droits de 1789 ont valeur constitutionnelle positive.
- Leur validité et leur valeur juridique sont les mêmes pour toutes; elles sont égales à celles du Préambule de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République; elles sont égales à celles de toutes les dispositions du reste de la Constitution.
- Les conflits éventuels entre les dispositions de la Déclaration, entre ces dispositions et celles du Préambule de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, comme ceux entre les dispositions de la Déclaration et celles du reste de la Constitution, ne peuvent être tranchés par l'appel à une prétendue hiérarchie entre les normes formant le bloc de constitutionnalité au sens strict du mot.

24/Les propositions que l'on vient de formuler ne sont pas démenties par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celle-ci ne fait mention à aucun moment de la supériorité d'une règle ou d'un principe constitutionnel sur un autre. En cas de conflit réel, on le verra plus loin, la seule solution est la «conciliation» (cf. *infra*, n° 26).

C'est sans doute à l'occasion de la première décision sur les nationalisations (16 janv. 1982, 132 DC) que le Conseil constitutionnel a eu à se poser directement la question. Fallait-il, pour statuer sur la constitutionnalité de la loi nationalisant diverses entreprises industrielles et l'ensemble du secteur bancaire, s'attacher à la Déclaration de 1789, notamment à son article 17, ou au

Préambule de 1946 ? La question avait été posée au cours des débats parlementaires et développée dans les nombreux articles de presse ou de revues, mémoires, consultations que, avant son vote, le projet de loi avait suscités. N'entrons pas dans le détail des conséquences que les intéressés prétendaient tirer du choix préférentiel qu'ils auraient voulu voir effectuer entre les principes de 1789 et ceux de 1946. En général, les adversaires des nationalisations se réclamaient volontiers des premiers, leurs partisans des seconds. Mais ce n'était pas aussi simple : par exemple, la nationalisation des banques pouvait plus difficilement se réclamer du Préambule (car elle ne concernait ni un monopole de fait ni un service public constitutionnellement reconnu) que de la Déclaration de 1789 qui autorisait l'expropriation pour cause de nécessité publique, ce qui permettait de fonder tout simplement les nationalisations sur leur utilité économique qu'il appartenait au législateur d'apprécier souverainement.

On verra plus loin (n° 25) comment le Conseil constitutionnel traita le conflit entre les principes de 1789 et ceux de 1946 en le niant, du moins au regard de la constitutionnalité des nationalisations et de l'indemnisation des actionnaires.

Pour notre présent propos, il suffit de noter que la décision répond principalement à l'argumentation selon laquelle le siège constitutionnel de la matière se trouverait dans le Préambule de 1946 dont les dispositions devraient être préférées à celles de la Déclaration et frapperaient ainsi d'obsolescence les principes «propriétaires» de l'article 17 de la Déclaration. La réponse établit que ces principes ont gardé leur pleine valeur même si «les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont évolué». Ainsi l'article 17 de la Déclaration garde toute sa force juridique. Mais rien dans la décision ne marque que cette force serait supérieure à celle des dispositions du Préambule de 1946. Les deux textes sont à égalité.

D'ailleurs, le nombre des décisions dans lesquelles le Conseil déclare qu'il est nécessaire de concilier tel principe ou tel droit de valeur constitutionnelle avec tel autre également de valeur constitutionnelle montre bien que les conflits en cause ne peuvent se régler par référence à une hiérarchie formelle qui impliquerait la relativité de la notion de «valeur constitutionnelle».

25/C'est sur le terrain de l'interprétation, c'est-à-dire de l'activité propre du juge, que celui-ci traite les conflits qui apparaissent. Tantôt l'interprétation dissipe l'illusion du conflit et supprime donc le problème; tantôt elle constatera la réalité du conflit et elle en recherchera une solution qui ne peut être que de compromis.

L'illusion du conflit peut être dissipée par des procédés divers. Il peut se faire que les principes ou les droits entre lesquels on décèle une contradiction soient en effet parfaitement compatibles entre eux et même étroitement liés.



Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel, en matière de presse, donne aux principes de la transparence financière et du pluralisme la qualité d'« objectifs de valeur constitutionnelle », il explique comment les contraintes qu'entraîne inévitablement la poursuite de ces objectifs, loin d'être contraires à la liberté de la presse, sont au contraire au service de cette liberté.

Dans d'autres cas, le Conseil dissipe l'illusion du conflit en montrant que les principes prétendument antagonistes ont des champs d'application différents. Par exemple, si le droit de grève des agents publics interdit en principe toute disposition législative prohibant de façon générale la cessation concertée du travail, il n'est pas en conflit avec l'objectif de valeur constitutionnelle de sécurité des personnes et des biens qui permet au législateur d'ériger en infraction des comportements étrangers à l'exercice du droit de grève (19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, Sécurité et liberté).

Une troisième méthode de « dissolution » du conflit se trouve dans la constatation que les principes prétendument antagonistes peuvent s'appliquer cumulativement. C'est ce qui ressort implicitement de la décision de 1982 sur les nationalisations déjà évoquée. On peut recourir à l'article 17 de la Déclaration pour déterminer la validité des nationalisations et le régime des indemnisations afférentes, encore qu'une disposition du Préambule de 1946 traite spécifiquement des nationalisations. En effet, cette disposition fait dépendre les nationalisations de critères qui se rattachent à l'idée d'utilité publique et, au surplus, n'énoncent pas de règles d'indemnisation qui contrediraient celles énoncées par l'article 17 de la Déclaration. Donc, même si, dans d'autres circonstances, il peut exister un conflit réel entre la Déclaration et le Préambule, un tel conflit n'existait pas en l'espèce : le cumul était au contraire possible.

On pourrait encore noter que le conflit de normes peut être évité par une « actualisation » du contenu de la plus ancienne. C'est ainsi que, dans sa décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations, le Conseil constitutionnel note que, si l'article 17 de la Déclaration a gardé toute sa valeur juridique, il s'applique à un droit de propriété dont la notion, l'étendue et le contenu ont évolué. De même, explicitement, le Conseil accepte que la « nécessité publique » visée dans le texte de 1789 ait fait place, au fil des ans, à l'« utilité publique », ce qui est davantage qu'un simple glissement de vocabulaire.

Une analyse plus poussée montrerait sans doute qu'il existe encore d'autres procédés pour dissiper l'illusion du conflit. Il suffirait ici de souligner par quelques exemples que le Conseil constitutionnel recherche systématiquement avec raison l'« évacuation » parfaite du conflit de normes par une analyse qui établit, lorsque c'est possible, que le prétendu conflit n'existe pas.

26/Mais, dans d'autres cas, le conflit de normes est réel. Il peut revêtir des figures diverses. Il peut exister entre des dispositions figurant dans la Déclaration,

par exemple entre le droit de propriété que peut invoquer le propriétaire de journaux et l'exigence de pluralisme corollaire de la liberté de la presse ou, tout simplement entre la liberté de chacun et la liberté d'autrui (art. 4 de la Déclaration). Il peut exister encore bien davantage entre les dispositions de la Déclaration et celles du Préambule de 1946. Il est bien connu que le droit de propriété de l'entrepreneur peut entrer en conflit avec le droit de grève ; que celui-ci peut entrer en conflit avec le droit à l'emploi, également consacré par le même Préambule. On pourrait multiplier les exemples. Il en est d'autant plus ainsi, que la conciliation doit s'opérer en certains cas entre des droits individuels ou sociaux et des principes définissant des objectifs de valeur constitutionnelle que le législateur doit mettre en œuvre : par exemple, la continuité des services publics, la sécurité des personnes et des biens, l'ordre public.

La conciliation entre des exigences contraires mais de valeur formellement égale doit se comprendre comme faisant partiellement droit à l'une et à l'autre. Mais ce n'est pas un jugement de Salomon coupant exactement en deux moitiés parfaites l'objet du litige. Le juge opère une pesée (de laquelle évidemment la subjectivité ne peut être totalement absente) entre les valeurs en présence. Il concèdera plus ou moins à l'une ou l'autre des normes en conflit en prenant des critères très variés.

Dans une étude récente (*Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 40), Bruno Genevois énonce quelques-uns de ces critères : degré de précision des principes considérés, degré d'attachement de l'opinion dominante à leur égard, étendue du contrôle que le juge peut exercer.

Mais il en est d'autres. Prenons par exemple le droit de grève déjà évoqué. Sa conciliation avec le principe, également de valeur constitutionnelle, de continuité des services publics (25 juil. 1979, n° 79-105 DC) se fait selon une ligne assez sinueuse prenant en compte « les besoins essentiels du pays », et, dans le cas particulier dont il est question (droit de grève à la radio et à la télévision), la mesure de ce qu'exige la satisfaction de ces besoins essentiels.

Dans la décision du 22 juillet 1980, n° 80-117 DC (Protection et contrôle des matières nucléaires), la conciliation se fait de manière nettement plus restrictive aux dépens du droit de grève, car l'intérêt général (sauvegarde de la santé et de la sécurité des personnes et des biens) risque, en raison des caractéristiques des dangers envisagés, d'être affecté ici de manière particulièrement grave.

En revanche, dans d'autres décisions, tout en censurant des dispositions faisant la part trop belle au droit de grève ou au droit syndical, le juge constitutionnel indique en filigrane qu'il aurait accepté une conciliation plus souple entre le droit de grève (et le droit syndical) et d'autres droits ou principes de valeur constitutionnelle pour tenir compte des difficultés d'exercice de ce droit par les salariés. Dans la décision du 22 octobre 1982, n° 82-144 DC (Institutions représentatives du personnel), il condamne comme contraire au principe d'égalité

la suppression de toute responsabilité civile à raison des dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci (sauf pour les faits constitutifs d'infractions pénales ou manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical). Mais il indique qu'il aurait jugé acceptable dans cette matière particulière l'aménagement d'un régime spécial de réparation approprié conciliant les intérêts en présence.

Cette idée qu'il faut tenir compte des difficultés inhérentes à l'exercice du droit de grève et du droit syndical, implicite dans la décision de 1982, est, à propos d'une autre matière, clairement énoncée dans la décision du 20 juillet 1988 (n° 82-244 DC, Amnistie) selon laquelle il n'est pas interdit au législateur «de tenir compte des difficultés que présente l'exercice des fonctions de représentant élu du personnel ou de responsable syndical dont la protection découle d'exigences constitutionnelles».

De même, des données techniques sont susceptibles d'infléchir le tracé de la ligne de conciliation. On en a donné un exemple à propos de la limitation relativement sévère du droit de grève par les exigences de la sécurité dans l'industrie nucléaire. On relèverait de même qu'alors que le Conseil constitutionnel écarte toute possibilité de régime d'autorisation préalable pour les entreprises de presse (10 et 11 oct. 1984 précité), il admet un tel régime pour les activités de télécommunication. Ce n'est pas que, dans son principe, la liberté de communication n'existe pas pour la communication par radiodiffusion ou télévision, mais il faut tenir compte des «contraintes d'ordre technique propres à ce moyen de communication» qui, jointes à «la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'aurui, et au caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels», justifient la différence des solutions retenues en matière d'autorisation préalable pour la communication écrite et pour la communication radiophonique ou télévisée.

La pesée des diverses considérations pouvant être prises en compte dans la conciliation de l'exercice des droits et des libertés de valeur constitutionnelle et du jeu des principes ou des droits également de valeur constitutionnelle avec lesquels les premiers seraient en conflit est donc une pesée concrète, opérée cas par cas et mettant en jeu des critères de décisions très variables en nombre et en importance. Que la subjectivité du juge ne puisse être évitée, c'est évident, mais elle existe aussi inévitablement dans d'autres hypothèses. Elle est tempérée par ce que B. Genevois (*loc. cit.*) appelle la prise en compte par le juge de l'«opinion dominante» dans la société considérée. De toute façon, on est dans le monde de l'esprit de finesse plus que dans celui de l'esprit de géométrie.

27/Ne pourrait-on pas cependant rationaliser un peu mieux ce qu'implique la «conciliation» en faisant appel à la notion de «hiérarchie matérielle» des droits et des libertés avancée par B. Genevois (*loc. cit.*) ?

Partant des critères de préférence que l'on a indiqués plus haut (précision du principe considéré, degré d'attachement de l'opinion dominante, étendue du contrôle du juge), l'auteur suggère que certains principes ou droits seraient de premier rang pour le juge (liberté individuelle, liberté d'opinion et de conscience, liberté de la presse), tandis que d'autres seraient de second ou de troisième rang. De proche en proche on pourrait aboutir à une sorte de classement des libertés publiques en plusieurs catégories hiérarchisées.

Cette proposition mérite d'être examinée. *A priori*, rien ne s'oppose à ce qu'une hiérarchie de normes repose non seulement sur des critères formels (autorité pouvant édicter les normes, procédure suivie) mais sur des critères matériels (contenu des normes). Par exemple, s'agissant des actes administratifs, l'acte réglementaire n'est pas formellement supérieur à un acte non réglementaire pris par la même autorité, mais en raison de son contenu (règle générale et impersonnelle) il lui est «matériellement» supérieur. De même, on pourrait imaginer que les principes, droits et libertés énoncés avec valeur constitutionnelle et relevant tous du bloc de constitutionnalité aient le même rang formel, mais soient soumis à une hiérarchie matérielle.

Pourtant, il faut se demander si, touchant le rang qu'on assignerait selon leur objet aux droits et libertés constitutionnellement reconnus, il s'agirait bien d'une «hiérarchie» juridique. La hiérarchie des normes entraîne certains effets automatiques et notamment l'invalidation de la norme de degré inférieur dans le cas où elle est contraire à la norme de degré supérieur. Or, dans le jeu très empirique de la «conciliation» entre normes de niveau constitutionnel, si l'on peut remarquer que, le plus souvent, les libertés de premier rang bénéficient des préférences du juge, cet effet n'est pas automatique. On a relevé plus haut à propos du droit de grève que, selon le principe ou le droit avec lequel il peut entrer en conflit, son rang hiérarchique apparaîtrait différent.

Le terme de «hiérarchie matérielle» doit être entendu plutôt dans un sens para-juridique comme indiquant l'«importance» que le juge constitutionnel attache à certains droits et libertés avec cette conséquence que, s'ils doivent être conciliés avec des principes, des droits et des libertés moins «importants», c'est à leur exercice que l'on demandera le moins de sacrifices sur l'autel de la conciliation.

28/Il est un point pourtant qui fait apparaître avec force l'intérêt de la notion de hiérarchie matérielle (pourtant qu'on lui garde son caractère para-juridique).

On sait que le Conseil constitutionnel est saisi de l'ensemble de la loi qui lui est déférée dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution, y compris les dispositions sur lesquelles la saisine ne formule aucune critique. Il a donc le devoir de faire porter son contrôle de constitutionnalité sur tous les articles de la loi soumise à son examen et donc la possibilité de soulever d'office tout grief d'inconstitutionnalité non formulé par la saisine. Les hypothèses



où il use de ce pouvoir apparaissent soit à la lecture des décisions, soit par le rapprochement entre les termes de la saisine (publiée au *J.O.* depuis 1983) et ceux de la décision.

Pourtant le Conseil use d'une formule prudente lorsque, dans une décision, après avoir examiné les griefs exprimés par la ou les saisines, après avoir, le cas échéant, usé de son pouvoir de statuer d'office, il donne une espèce de quitus aux autres dispositions de la loi sur l'examen desquelles il ne s'explique pas : « Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen... »

La formule est équivoque, encore qu'elle soit à peu près inévitable. En effet, la distinction entre les moyens que le juge peut soulever d'office et les autres moyens repose pour la plupart des juridictions sur la notion de « moyen d'ordre public ». Comme évidemment tout le bloc de constitutionnalité est d'ordre public, le Conseil constitutionnel, s'il appliquait le critère du « moyen d'ordre public », devrait relever d'office tout manquement même de pure forme ou sans conséquences pratiques à une règle de valeur constitutionnelle. Corrélativement, il se porterait nécessairement fort de l'irréprochabilité constitutionnelle de toute disposition qu'il n'aurait pas censurée. Mais le juge constitutionnel estime, d'une part, que, compte tenu des conditions de délai dans lesquelles il est enfoncé, il ne peut user d'une formule trop affirmative pour mentionner qu'il n'y a pas eu lieu à censurer d'office d'autres dispositions de la loi que celles qui sont explicitement condamnées, d'autre part que certaines irrégularités mineures ou sans conséquences ne méritent pas d'être soulevées d'office.

Jusqu'à ce jour le Conseil n'a pas explicité les principes qui le guident quant à l'opportunité de soulever tel ou tel moyen d'office et il est possible qu'il veuille conserver à sa pratique un caractère très empirique et s'en tenir à la méthode du cas par cas.

Il peut être intéressant pourtant de rechercher quels sont en fait les griefs que le Conseil constitutionnel soulève d'office.

Il se trouve qu'à deux reprises il a censuré d'office des dispositions des lois de finances constituant des « cavaliers budgétaires » interdits par l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Mais il s'agit de cas d'espèce dont la solution s'explique par des raisons circonstanciées.

Mais, ce cas mis à part, on relève que l'essentiel des moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel touche aux droits et aux libertés ou à leurs garanties : Peines non strictement nécessaires (19 et 20 janv. 1981, p. éc. Sécurité et liberté), Indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur (20 janv. 1984, n° 83-165 DC), Egalité des sexes en matière électorale (18 nov. 1982, n° 82-146 DC), Indépendance de l'autorité judiciaire (18 janv. 1985, n° 84-182 DC), Egalité

devant la justice (18 janv. 1985, n° 84-183 DC), Liberté individuelle (3 sept. 1985, n° 86-216).

Ainsi, sans leur assigner un rang « supra-constitutionnel », le Conseil constitutionnel paraît faire des libertés et des droits fondamentaux une catégorie de règles dont l'importance politico-juridique est telle que le juge constitutionnel, saisi d'une loi qui les méconnaît, doit, d'office, s'il est nécessaire, prononcer la censure de celle-ci.

29/Il est trop tôt pour dire si, un jour, le Conseil constitutionnel substituera au pouvoir discrétionnaire dont il est investi en matière de moyens soulevés d'office une batterie de critères correspondant aux divers chapitres de ce que l'on serait tenté d'appeler « l'ordre public » constitutionnel - si justement ces termes n'avaient pas le tort injustifiable de suggérer qu'il existe des dispositions de valeur constitutionnelle qui ne sont pas d'ordre public. Parler d'une « supra-constitutionnalité » se heurterait à des objections théoriques de première grandeur et laisserait de côté les hypothèses où les raisons du Conseil de soulever d'office un moyen sont, comme pour certains « cavaliers budgétaires », purement pragmatiques.

Si cependant il s'avérait que la violation par le législateur de dispositions de valeur constitutionnelle définissant ou garantissant les droits et les libertés et notamment ceux inscrits dans la Déclaration de 1789 est automatiquement relevée d'office par le juge constitutionnel et si cette ligne de conduite était longtemps et inébranlablement tenue, il naîtrait une véritable règle jurisprudentielle qui conférerait peut-être à la notion de « hiérarchie matérielle » un sens plus large encore que celui relevé par B. Genevois. Il s'agirait en effet d'une primauté consacrée par le juge, vérifiée par l'appel au grief d'office, des libertés et des droits fondamentaux sur les autres dispositions de valeur constitutionnelle. Peut-être aussi accèderaient à ce rang des principes qui, sans concerner en eux-mêmes les droits et les libertés, leur sont liés étroitement (le principe démocratique, le suffrage universel, la séparation des pouvoirs, etc.).

La théorie serait sans doute longue et surtout difficile à construire. Longue, car à une jurisprudence il faut des occasions et toutes ne sont pas bonnes. Difficile, car, dès que se dessine une théorie, même voilée, de la supra-constitutionnalité ou d'une constitutionnalité « à deux vitesses », se pose le problème des sources du droit que le juge constitutionnel est chargé d'appliquer. Or, du moins à notre sentiment, la vraie pierre de touche du « gouvernement des juges » se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la Constitution ou de l'interpréter même de façon constructive, mais, sous quelque nom que ce soit, de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création, fussent-elles débordantes de bonnes intentions.

30/Pour l'instant, attendons que la jurisprudence et la doctrine (car l'une et l'autre y auront leur part) arrivent à construire une théorie de la hiérarchie matérielle des normes constitutionnelles sans tomber dans le gouvernement des juges.

Ce qui est important c'est que, même si la pratique des griefs soulevés d'office par le juge constitutionnel ne peut, jusqu'à nouvel ordre, s'insérer dans une théorie cohérente, elle garde la ligne qu'elle a paru prendre : que le juge constitutionnel ne laisse jamais passer, dans une loi dont il est saisi, une atteinte aux droits et aux libertés, même si la saisine a omis de la relever.

Cette exigence a des raisons que les premières phrases de la Déclaration de 1789 rendent évidentes, même si, hélas ! l'ignorance, l'oubli ou le mépris des Droits de l'homme ne sont pas «les seules causes des malheurs publics».

Il est pourtant à notre propos une raison supplémentaire particulièrement accordée à «notre temps». C'est que, sur le plan international, trans-national ou supra-national - comme on voudra -, la méconnaissance des droits et des libertés relève d'autorités juridictionnelles, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme. Sans doute la formulation des droits et des libertés par les textes constitutionnels et par les traités n'est pas la même. Mais on peut dire sans se tromper que toute violation par le législateur français de la Déclaration des droits de l'homme serait aussi une violation des droits et des libertés faisant l'objet des engagements internationaux de la France.

En donnant à la Déclaration toute sa portée et toute son efficacité, le Conseil constitutionnel préserve les Français de voir d'autres leur rappeler ce qui se passa chez eux en 1789.