



# **DROIT CONSTITUTIONNEL**

## **GENERAL**

**Second Semestre**

**D. Baranger**

# QUATRIEME PARTIE – LA GRANDE TRANSFORMATION : L'ASSIMILATION DES NORMES JURIDICTIONNELLES A LA SOURCE CONSTITUTIONNELLE

- **CHAPITRE I – LES CAUSES**

- **Section 1 – Les transformations du constitutionnalisme**

- *Sous-Section 1 - Le constitutionnalisme « juridique »*

- *Sous-Section 2 - Le constitutionnalisme « politique »*

- *Sous-Section 3 - Le constitutionnalisme « global »*

-

□ <http://www.institutvilley.com/Denis-Baranger,21>

□ Twitter @DenisBaranger

# **INTRODUCTION**

- **L'idée généralement répandue : la constitution, rien que la constitution, toute la constitution.**
- **Actualité du thème : une crise des sources constitutionnelles.**
- **« Sources du droit » : définitions préliminaires.**

- J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « Repenser le bloc de constitutionnalité sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité », in *Les rapports entre ordres juridiques*, dir. B. Bonnet, LGDJ, 2016, p. 409-438
- [Agnès Roblot-Troizier](#) «Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 21 [<http://juspolicum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-les-sources-du-droit-constitutionnel-1261.html>]

- Yves GAUDEMET, « La loi administrative », Revue du Droit Public, janvier 2006, n°1, P. 65

***Rechtsfindung***

***lawfinding***

***Gesetzgebung***

***lawgiving***

# **PREMIERE PARTIE – THEORIE GENERALE**

# CHAPITRE I – SOURCE ET INTERPRÉTATION

- **Section 1 – Le vocabulaire de la théorie des sources**
- *Sous-Section 1 - La norme*
- *Sous-Section 2 - La source*

Énonciateur	Énoncé	Destinataire
- auteur - commentateur	- officiel - non-officiel	- Interprète - sujet de droit

- CE Ass. 8 février 1974, *Commune Montory et autres*, Rec. p. 93, RDP 1974.
- La promulgation « est l'acte par lequel le chef de l'État atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi ».

# Constitution, article 24, *in limine*

« Le Parlement vote la loi (...) »

# Constitution, Article 10

- Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée.
- Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée.

# Le visa

- CE, 28 juin 1918, Heyriès, Sirey, 1922, III, p. 49.
- « Vu la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 3 »

# Le texte de la constitution (loi 25/02/1875)

Article 3. - **Le président de la République a l'initiative des lois,** concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; **il en surveille et en assure l'exécution.** (...)

# La norme issue de l'interprétation

- « *par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est **placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois** ;*
- qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche
- il avait la mission **d'édicter lui-même** les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ;

# Constitution de 1958 : article 5

- Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, **par son arbitrage**, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat.
- Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

# Ressources & lacunes : article 1er code civil suisse de 1907

- La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.
- A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.
- Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

# Article I, Section 9, Clause 8 of the United States Constitution

- « no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, **Emolument**, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State ».

# Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973

## Loi de finances pour 1974

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 ;

# Arrêt BALDY (CE, 10 août 1917, Leb. p. 637 cit p. 640)

Conclusions du commissaire du gouvernement Corneille: « pour déterminer l'étendue d'un pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir du point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception ».

- CE, 9 mai 1913 *Roubeau*.

- ***Lochner v. New York***, 198 [U.S. 45](#) (1905)
- « Une constitution n'est pas censée incorporer une théorie économique en particulier, qu'elle soit paternaliste (...) ou qu'elle repose sur le laisser faire. Une constitution est faite pour des gens aux vues fondamentalement divergentes (...) »

- **Section 2 - Théorie juridique de l'interprétation**
- ***Sous-Section 1 - Qu'est-ce qu'interpréter ?***

- R. Chapus, « De la soumission au droit des règlements autonomes », Dalloz , 1960, chr. 119.
- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », Dalloz , 1966, chr. 99.

Repris dans R. Chapus, L'administration et son juge , PUF, 1999, p. 93 s. et p. 112 s.

Pierre Brunet. Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. P. Brunet, D. de Bechillon, V. Champeil-Desplats, E. Millard. L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Oct 2006, Paris, France. *Economica*, pp. 207-221.

Arrêt Syndicat général des ingénieurs-conseils, Conseil d'Etat, Section, 26 juin 1959, n°92099, publié au recueil Lebon

- L'autorité réglementaire (autonome) était tenue « **de respecter, (...) les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives** ».
- Cf. CE, sect., 28 oct. 1960, *De Laboulaye*
- CE, ass., 24 nov. 1961, *Féd. nationale des syndicats de police*

# Les principes généraux du droit

- CE, 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier
- CE, 26 octobre 1945, Aramu et autres »
- CE, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire »
- CE, Ass., 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris
- CE, 26 juin 1959, Synd. Gal des Ingénieurs Conseils



# Décisions du Conseil constitutionnel

- **Décision n° 2012–654 DC du 09 août 2012**
- **Loi de finances rectificative pour 2012**

- Olivier Beaud, **Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle (A propos de la décision du 9 août 2012)**.
- <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-et-le-traitement-du-president-de-la-republique-une-heresie-constitutionnelle-A-propos-de-la-decision-du-9-aout-2012-660.html>

## Chapitre XI, 6 de l'*Esprit des Lois*

- « le gouvernement anglais ne sera plus libre, soit lorsque la couronne ne dépendra plus de la nation pour ses subsides,

# Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

- **Article 16:** « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

# Décision n° 2012-654 DC du 09 août 2012

- 81. Considérant qu'aux termes de **l'article 16 de la Déclaration** de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;
- qu'en vertu de **l'article 5 de la Constitution**, le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire ;
- qu'aux termes du **premier alinéa de l'article 20** : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation » ;
- **que le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement ;**

# Décision n° 2012-654 DC du 09 août 2012, suite

- 82-Considérant qu'en modifiant le traitement du Président de la République et du Premier ministre, l'article 40 de la loi déferée méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs ; que, par suite, il doit être déclaré contraire à la Constitution ;

# Les usages de l'article 16 DDHC : exemples

- **Décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003**
- **Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2016**
- **Décision n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018**
- **décision n° 2013-356 QPC. Du 29 novembre 2013**
- **décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009**
- **Décision n° 2015-710 DC du 12 février 2015**
- **Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018**

# Loi fondamentale allemande (1949)

## Article 20 :

« le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel (...) les **pouvoirs** exécutif et **judiciaire sont liés par la loi et le droit** ».

- ***McCulloch v. Maryland***, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819),
- **Jefferson Branch Bank v. Skelly**, 66 U.S. 436 (1861)
- ***Immigration and Naturalization Service v. Chadha***, 462 U.S. 919 (1983)

# Necessary and Proper Clause

- Article I, Section 8 United States Constitution
- The Congress shall have Power ... To make **all Laws which shall be necessary and proper** for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

# Lee and Another v The Bude and Torrington Junction Railway Company 23 June 1871

- « en ce qui concerne les *Acts of Parliament*, ils sont le droit de ce pays... ».
- « nous ne siégeons pas ici en tant que juridiction d'appel du Parlement" mais en tant que "serviteurs de la Reine et de la législature ».
- « Si un *Act of Parliament* a été obtenu de manière impropre, c'est à la législature de le corriger en le rapportant : mais aussi longtemps qu'il en tant que loi, les juridictions sont tenues de lui obéir. Les transactions de cette cour sont judiciaires et non autocratiques, ce qui serait le cas si nous pouvions faire des lois au lieu de les administrer ».



1865-1870

**RECONSTRUCTION AMENDMENTS (13 to  
15)**



# 14th amendment: rule of law

- (red: due process clause)
- (green: equal protection)
- ...**No State** shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;** nor **deny** to any person within its jurisdiction the **equal protection of the laws** .

- *Plessy v. Ferguson* (1896) « separate but equal »
- *Brown v. Board of Education* (1954, desegregation)

- **CHAPITRE III – LES SOURCES ET LE SYSTÈME JURIDIQUE**
- **Section 4 - La France**
  - *Sous-Section 1- Le legs du droit public révolutionnaire : le légicentrisme.*
  - *Sous-Section 2- Le paradigme positiviste classique : l'exemple de Carré de Malberg*
  - *Sous-Section 3- La théorie des sources du droit constitutionnel entre 1875 et 1958*



# Le legs du droit public révolutionnaire : le légicentrisme

- *La loi est d'abord la source du droit par excellence :*
- *La loi est ensuite la source de l'autorité publique par excellence*

# Article 6 DDHC

**« La Loi est l'expression de la volonté générale.**  
Tous les Citoyens ont droit de concourir  
personnellement, ou par leurs  
Représentants, à sa formation. Elle doit être  
la même pour tous, soit qu'elle protège, soit  
qu'elle punisse. (...) ».

# Constitution de 1791

## **Art. 3 de la 1<sup>e</sup> section du chapitre II du titre III :**

« Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance »

## **Sous-section 2 Le paradigme positiviste classique : l'exemple de Carré de Malberg**

*"la loi, expression de la volonté générale" (1931)*

## Article 8 de la loi constitutionnelle du 25/02/1875

- "Les **chambres** auront le droit, par **délibérations séparées** prises dans chacune à la **majorité absolue** des voix, soit *spontanément*, soit *à la demande du Président* de la République, de **déclarer qu'il y a lieu de réviser** les lois constitutionnelles.
- Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en **assemblée nationale** pour procéder à la révision. Les délibérations portant révision (...) devront être prises à la **majorité absolue** des membres composant l'assemblée nationale".

- e) La théorie des sources entre 1875 et 1958
  - 1/sous la IIIe République (les positions de Carré de Malberg)
  - 2/sous la IVe République

# La constitution de 1946

- Article 13: l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.

# La constitution de 1946

- Article 50 al 3:

La motion de censure ne peut être adoptée qu'à la majorité absolue des députés à l'Assemblée.

# La constitution de 1946

- Article 51:

« Si, au cours d'une même période de dix-huit mois, deux crises ministérielles surviennent dans les conditions prévues aux articles 49 et 50, la dissolution de l'Assemblée nationale pourra être décidée (...)»

**U.S. Supreme Court, Marbury v. Madison,  
5 U.S. 197 (1803)**

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

### **Problèmes liés à la reconnaissance juridique des valeurs**

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

**a) Les valeurs sont-elles universelles ou locales ?**

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

- Constitution brésilienne de 1988

« Égalité et justice comme valeurs suprêmes d'une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés » (préambule)

- Constitution de l'Argentine (1853-1994)

« Le développement de valeurs démocratiques » (Chap.4, s 75, para 4)

- La constitution irakienne :

« Principes démocratiques »

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

- Constitution de la Turquie (1982)

« Valeurs historiques et morales turques » (préambule)

## Conseil constitutionnel

Décision 2006-540 DC – Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

Cons. n°19 :

« La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

- Décision « Lisbonne » de la cour constitutionnelle allemande »

**BVerfGE 123, 267 – Lissabon**

**Bundesverfassungsgericht**

**Urteil**

**30. Juni 2009**

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

**b) Les valeurs sont-elles homogènes dans une société donnée ?**

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

### **Article 12**

#### **[LIBERTE DE LA PROFESSION, INTERDICTION DU TRAVAIL DE FORCE]**

(1) Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu de la loi.

(2) Nul ne peut être astreint à un travail déterminé (...)

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

### **c) Le risque de conflit entre les valeurs**

## Chapitre I – Les ressources du raisonnement constitutionnel

- Conseil constitutionnel [CC] N°85-188 DC du 22 mai 1985, Rec. P.15.

## Article 79 – Loi fondamentale de 1949

- **(al. 3)** Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite.

Apostolos Vlachogiannis «Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », *Jus Politicum*, n° 11

Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994  
« l'état des connaissances et des techniques »,

Décision IVG II n°2001-446 DC du 27 juin 2001  
« état actuel des connaissances et des techniques  
médicales »

Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010,

M. Daniel W. et autres (Garde à vue),

Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation (Nationalisations I), cons. 16

« 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 »



# Conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

- Décision 70-39 DC du 19 juin 1970 (ressources propres communautaires) **art. 54 C**
- Décision 76-71 DC du 30 décembre 1976 (élection au suffrage universel direct des membres de l'assemblée européenne) **art. 54 C**
- Décision 2007-560 DC du 20 Décembre 2007 (traité de Lisbonne) **art. 54 C**
- Décision n° 2005 524/525 du 13 octobre 2005 **art. 54 C**
- Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 (Maastricht 1) **art. 54 C**

- **CHAPITRE I – LES CAUSES**

- **Section 1 – Les transformations du constitutionnalisme**

- *Sous-Section*      **1 - Le constitutionnalisme « juridique »**

- *Sous-Section*      **2 - Le constitutionnalisme « politique »**

- *Sous-Section*      **3 - Le constitutionnalisme « global »**

# Etat de droit et contrôle de l'état d'urgence

- CE, ordonnance « Allouache et autres » du 9 décembre 2005
- « le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un état de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ».

# Etat de droit et contrôle de l'état d'urgence

- Ordonnance du Conseil d'Etat, juge des référés, *Ligue des droits de l'homme, Mme H.D. et M. A.F.*, 27 janvier 2016 (n°396220).
- Que si le Président de la République dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non usage de la faculté qui lui est reconnue par la loi de mettre fin à l'état d'urgence avant l'expiration du délai de trois mois prévu par celle-ci, le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de cette faculté ne saurait être interprété, *eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui, dans un Etat de droit, sont par nature limités dans le temps et dans l'espace*, comme faisant échapper sa décision à tout contrôle de la part du juge de la légalité (...)

Constitution sud-africaine de 1996 :

- Article 8 :
- « the bill of rights applies to all laws and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state »

# 5<sup>e</sup> amendement (1789)

- ART. V [**Accusations, propriété**]. — Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant si ce n'est sur une déclaration de mise en accusation [*presentment*] ou un acte d'accusation [*indictment*] d'un grand jury, (...) ni ne sera privé de vie, de liberté ou de propriété sans garantie juridique convenable [*without due process of law*] () ; nulle propriété privée ne sera prise pour usage public sans juste indemnité.
- *Cf Miranda V. Arizona (1966): defendants must be made aware of their rights*

# 14<sup>e</sup> amendement (1866-68)

- — SECTION 1 : (...) Aucun État (...) ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans garantie juridique convenable *[without due process of law]* () ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois *[equal protection of the laws]*.
- .

- Interprétation stricte au XIXe siècle :
- *Slaughter-House Cases* (1873) les droits du 14<sup>e</sup> amendement n'ont pas à être transposé dans le droit des Etats fédérés
- *Plessy v. Ferguson* (1896) separate but equal »

- « **incorporation** » : *Gitlow v. New York* (1925) – states bound by freedom of speech –
- « **civil rights era** » :
  - *Brown v. Board of Education* (1954, desegregation)
  - Législation :
    - Civil Rights Act of 1964
    - Voting Rights Act of 1965

# **Human Rights Act 1998, c. 42**

An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights;

- 1 cas de non-correction de l'incompatibilité :
- Smith V. Scott (Scottish Registration Appeal Court) 2013
- Incompatibilité entre art. 3 « representation of the people act » 1983 et art. 3, protocole 1 CEDH

# Human Rights Act 1998

## **section 19**

impose au ministre en charge de faire adopter une loi devant le parlement ...

« de déclarer par écrit que selon lui les dispositions de la loi sont compatibles avec la convention (CEDH) ou que, s'il est dans l'incapacité de faire une telle déclaration, le gouvernement souhaite néanmoins que la chambre continue à examiner le texte ».

# **Human Rights Act 1998**

Section 4 : déclarations d'incompatibilité

# Human Rights Act 1998

Si la Cour parvient à la conclusion que la disposition est incompatible avec un droit de la convention (CEDH) elle peut émettre une déclaration relative à cette incompatibilité.

# Charte canadienne des droits et libertés (1982)

**33.** (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

b) La constitution « politique »

(-) La version « critique »

(-) La version républicaine modérée : J. Waldrom, A. Tomkins et R. Bellamy

**1) Insistance sur la « dignité de la  
législation » et sur l' utilité des parlements.**

## **2) Positions « républicaines »**

## Sous-section 3 Le constitutionnalisme global

• *Sous-Section 3 - Le constitutionnalisme « global »*

*1. DES VALEURS*

*2. DES CONCEPTS*

*3. DES TYPES DE REGLES ET DE REGIMES JURIDIQUES*

*4. DES INSTITUTIONS*

Des valeurs

# Traité UE

- article 2

« L'Union est **fondée sur les valeurs** de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme (...)”

Des concepts

## Des types de règles

Traité de 2004 « établissant une constitution pour l'Europe » (16 décembre 2004, OJ 2004/C310\_1\_474).

# La fondamentalisation (entrenchment)

- Article 58 (2) de la CEDH

« Une Haute Partie contractante ne peut **dénoncer la présente Convention qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans** à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois, donné par une notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, qui en informe les autres Parties contractantes.

2. Cette dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie Contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout à fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet. »

# La rationalisation de la production du droit

Une disposition jouant le rôle de « norme fondamentale »

- Article 38 du Statut de la Cour internationale de justice

# Chapitre II - Les mythes fondateurs

- **Section 1 – Le mythe du textualisme**

- **Sous-Section 1 - La théorie du bloc de constitutionnalité**

- **Sous-Section 2 - La prohibition des normes supraconstitutionnelles**

« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
- La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit
- Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées
- [...] les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».



Un juge

Des institutions

b) La « globalisation » du droit constitutionnel national.

- **L'identification** des sources du droit international **par** le droit interne
- **L'influence** des sources du droit international **sur** le droit interne

# CHAPITRE II – LES MYTHES FONDATEURS

- **Section 1 – Le mythe du textualisme**
- **Sous-Section 1 - La théorie du bloc de constitutionnalité**
- **Sous-Section 2 - La prohibition des normes supraconstitutionnelles**

# Sous-Section 1 - La théorie du bloc de constitutionnalité

- 1) Avènement
  - La reconnaissance jurisprudentielle
  - Les deux récits
- 2) Composition
  - Une constitution à géométrie variable
  - La controverse Luchaire/Vedel
  - Les composantes du « bloc »
- 3) Limites
  - Ce qui se passe à l'intérieur : Le flou interne
  - Ce qui se passe à l'extérieur : les normes de référence non-rattachées au « bloc »

- Décision 70-39 DC du 19 juin 1970  
(ressources propres communautaires)
- Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975  
(IVG)
- Décision n° 73-51 DC du 27 décembre  
1973 (taxation d'office).

# CE, Ass., 7 juillet 1950, Dehaene

visa : « vu la constitution

« qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent », l'assemblée constituante a entendu **inviter le législateur à opérer la conciliation** nécessaire entre la **défense des intérêts professionnels**, dont la grève constitue l'une des modalités, et la **sauvegarde de l'intérêt général** (...)

qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les **limitations** qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de **l'ordre public** ;

qu'en l'état actuel de la législation il **appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même**, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ;



# COMPOSANTES « FIXES » DU BLOC

- - les articles de la constitution
- - le préambule de la constitution de 1958
- - la déclaration de 1789
- - le préambule de la constitution de 1946.

# COMPOSANTES « VARIABLES » DU BLOC

- Contrôle des lois de finance:
  - ancienne ordonnance du 2 janvier 1959
  - Désormais : LOLF du 1<sup>er</sup> août 2001
- Contrôle des lois de financement de la S.S. :
  - LO du 22 juillet 1996 (modifiée plusieurs fois et codifiée dans le code de la S.S. : articles LO 111-1 à LO 111-7)
-

# COMPOSANTES « VARIABLES » DU BLOC

- Contrôle du règlement des assemblées:
  - « la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier
    - tant au regard de la Constitution elle-même
    - que des lois organiques prévues par elle
    - ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de l'alinéa 1er de l'article 92 de la Constitution ; » (décision n° **66-28 DC** du 8 juillet 1966)
  - en particulier : l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.

□

# COMPOSANTES « VARIABLES » DU BLOC

- Contrôle du règlement des assemblées:
  - « la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier
    - tant au regard de la Constitution elle-même
    - que des lois organiques prévues par elle
    - ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de l'alinéa 1er de l'article 92 de la Constitution ; » (décision n° **66-28 DC** du 8 juillet 1966)
  - en particulier : l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.
-

# COMPOSANTES « VARIABLES » DU BLOC

- Bloc « néo-calédonien »
- - contrôle des LO relatives à la Nlle Calédonie
  - « orientations définies par l'accord de Nouméa » (DC du 29 juillet 2004 (2004-500))
- Contrôle des lois du pays (art. 104 LO)
  - LO du 19 mars 1999
-

# Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 (Loi de modernisation sociale)

- le principe de **clarté de la loi**, qui découle de l'article 34 de la Constitution,
- et **l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi**, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques
-

# Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 (loi bioéthique)

- 2. Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; qu'il en ressort que la **sauvegarde de la dignité de la personne humaine** contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un **principe à valeur constitutionnelle** ;

# normes de référence non rattachées au « bloc »

- standards jurisprudentiels
  - - PVC (sans texte)
    - N° 79-105 DC du 25 juillet 1979
    - N° 87-232 DC du 7 janvier 1988
- conditions essentielles d'exercice de la S.N.
- standards « innommés »
  - Impératifs d'intérêt général
  - - standards institutionnels (62-20 DC du 6 novembre 1962)

# normes de référence non rattachées au « bloc »

- Règles d'origine internationale
  - Traités expressément visés par la constitution : ex. décision 98-400 DC du 20 mai 1988 (vote des citoyens de l'Union aux élections municipales)
  - Règles du droit public international (14<sup>e</sup> alinéa du préambule de 1946)
    - 92-308 DC : « pacta sunt servanda »
    - 98-408 DC : « respect des principes généraux du droit public international » (création d'une cour pénale internationale)

## Sous-Section 2 - La prohibition des normes supraconstitutionnelles

A- Les limites juridiques à la révision constitutionnelle

B- Le cas français

C- Les trois sens de la supra-constitutionnalité

A) Les limites  
Juridiques au pouvoir de révision

**a) Limites procédurales : exemple de l'article 89 C**

## Article 89 C

- **L'initiative** de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

## Article 89 C

- **(examen)** Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de [l'article 42](#) et voté par les deux assemblées en termes identiques.

## Article 89 C

- **(vote définitif : option 1)**
- La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

## Article 89 C

- **(vote définitif : option 2)**

- Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de **le soumettre au Parlement convoqué en Congrès** ;
- dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des **trois cinquièmes** des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

b) Limites formelles :  
exemple de l'article 79, al 1 LF  
(Allemagne)

## Article 79 – Loi fondamentale de 1949

- **(1)** La Loi fondamentale ne peut être modifiée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte.

c) Limites matérielles :

Article 89, al. 5 (France)

Article 79, al. 3 (Allemagne)

## Article 89 C

- **Al. 5**
- La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.

## Article 79 – Loi fondamentale de 1949

- **(al. 3)** Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite.

## **B. Le cas français**

### **a) Les juristes**

### **b) La jurisprudence constitutionnelle**

- **1/Refus de contrôler les amendements constitutionnels**
- **2/L'identité constitutionnelle de la France**
- **3/Les révisions-adjonctions**

- **Georges Vedel**

« Souveraineté et supraconstitutionnalité »

(pouvoirs n° 67-1993)

**Conseil Constitutionnel**

**décision N° 62-20 DC du 6 novembre 1962**

## Décision 62-20 DC

- le CC est un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »
- Le contrôle au titre de l'article 61 porte « uniquement sur les votées par le parlement »
- Et non sur « celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »

## Les trois décisions « Maastricht »

- **Maastricht I** : 92-308 DC du 09 avril 1992 = Président/art. 54
- **Maastricht II** : 92-312 DC du 02 septembre 1992 = 60 sénateurs/art. 54
- **Maastricht III** : 92-313 DC du 23 septembre 1992 = 60 députés/art. 61

## **Rappel : l'article 54 C**

« Si le Conseil Constitutionnel, (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir **qu'après révision de la Constitution.**

que le traité inchangé puisse être ratifié par le chef de l'Etat.

## Conséquences :

- La France renonce à ratifier
- La France renégocie
- La constitution est modifiée pour permettre la ratification

- Décision « Maastricht II »

n°92-312 DC du 02 septembre 1992  
Traité sur l'Union européenne

# Maastricht II

- Conditions d'un second contrôle au titre de l'art. 54:
  - - « s'il apparaîtrait que la C, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité
  - - « s'il est inséré dans la C une disposition nouvelle qui a pour effet de créer une incompatibilité »

# Maastricht II : « sous réserve... »

- « Sous réserve
- - d'une part des **limitations touchant aux périodes** au cours desquelles une révision de la constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie » :
  - Art. 7 (vacance ou empêchement du Président)
  - Art. 16+ Art. 89, al. 4 (intégrité du territoire)
- - d'autre part du **respect des prescriptions du 5<sup>e</sup> al. de l'art. 89** de la constitution, en vertu desquelles 'la forme républicaine de gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision... »

# Les limites des art. 7 & 89, al. 4

- Art. 7 : Il ne peut être fait application ni des articles 49 et 50 **ni de l'article 89** de la Constitution durant la **vacance** de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de **l'empêchement** du Président de la République et l'élection de son successeur
- Art. 89, al. 4 : Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

## Maastricht II : le pouvoir constituant est souverain

**« (que) le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ».**

## Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992

(Maastricht III)

- au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ;
- (...) **qu'aucune disposition de la Constitution**, non plus d'ailleurs que d'une loi organique prise sur son fondement, **ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée concernant la loi adoptée par le Peuple français par voie de référendum le 20 septembre 1992,**

- Décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003
- (Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République)

# 2003-469 DC

- cons. n° 2 : « le CC ne tient ni de l'article 11 ni de l'article 89 (...) le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ».
- cons. n°3 : « il résulte de ce qui précède que le CC n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée, par laquelle les sénateurs requérants lui défèrent, aux fins d'appréciation de sa conformité à la constitution, la révision de la constitution relative à l'organisation décentralisée de la République ».

# Section 2 le mythe de la constitution normative

- Sous-section 1 – Les limites de la constitution normative
- Sous-section 2 – les traits fondamentaux d'une constitution

- Bolingbroke (1678-1751) :
- « il faut entendre par constitution cet ensemble de lois, d'institutions et d'usages, issus de certains principes déterminés par la raison, qui concourent à l'organisation générale du système sur lequel s'est accordée une communauté pour être gouvernée ».

# Turgot, Lettre au Dr Price (1776)

- « au lieu de ramener toutes les autorités à une seule, celle de la nation, l'on établit des corps différents, un corps de représentants, un conseil, un gouverneur, parce que l'Angleterre a une Chambre des communes, une Chambre haute et un Roi. On s'occupe à balancer ces différents pouvoirs : comme si cet équilibre de forces, qu'on a pu croire nécessaire pour balancer l'énorme prépondérance de la royauté, pouvait être de quelque usage dans des républiques fondées sur l'égalité de tous les citoyens ; et comme si tout ce qui établit différents corps n'était pas source de divisions »

□ SECTION 3 – LE MYTHE DE LA FONDAMENTALITE

Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 .

Prosecutor v. Furundzija, 10 déc. 1998

« En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, ...

...(…) une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"

(…) les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux (ou) de coutumes (...)"

## **A) Les usages de la fondamentalité**

- a) En droit interne français

- La décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982

« (...) les principes même 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** (...) qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique »

(CC, décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982).

- Décision n°93-325 du DC du 13 août 1993 (maîtrise de l'immigration)

Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de **respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République** ; (...) figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, (...) ».

- b) Dans certains droits étrangers

# **Human Rights Act 1998, c. 42**

An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights;

- *Fraser v. State Services Commission* [1984] 1 NZLR 116

- Sir Robin Cooke (1926-2006)

## c) En droit de l'UE

- Affaire 11/70 du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH
- Les « droits fondamentaux de la personne y compris [...] les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect ».

d) Dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'homme

- CEDH, 8 juillet 1976, Lingens v Autriche, série A n° 103, § 41

## **B) La logique de la fundamentalité**

- Jus cogens
- Prosecutor v. Furundzija (10 déc. 1998)

- Article 61-1 de la constitution :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

## **a) La nature de la fondamentalité**

## **b) Les effets de la fondamentalité**

- ...ne signifie pas l'absence de source écrite
- ...ne signifie pas que le droit/principe est absolu
- ...est une des techniques du juge

Décision n° 88-244 DC (loi d'Amnistie)

- « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »

- Thoburn v. Sunderland city Council
- High Court (QBD)
- 2002

- Article L521-2 du Code de justice administrative  
(Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 )

Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde **d'une liberté fondamentale** à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.

# Conseil d'Etat

- Ordonnance du 11 janvier 2014, Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala
- N° 374552

- l'exercice de la **liberté d'expression** est une condition de la démocratie (...)
- ; qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la **liberté de réunion** ;

- que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à **l'exercice de ces libertés fondamentales** doivent être
- - nécessaires,
- - adaptées
- - et proportionnées ;

- « 'au regard du spectacle prévu, (...) les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles, de nature à porter **de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine** et à provoquer à la haine et la discrimination raciales, relevés lors des séances tenues à Paris, ne seraient pas repris à Orléans ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que le spectacle prévu constitue lui-même une **menace (...) à l'ordre public**