

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

**FICHE N°5 : LES SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL
ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

Pages de l'ouvrage de référence pour le cours : D. BARANGER, *La Constitution, Sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, Méthodes du droit, 2022, **p. 446-483**.

Bibliographie :

- Revue *Jus Politicum*, n°5 et 7.
- *JP Blog*, le blog de *Jus Politicum* [www.blog.juspoliticum.com].
- P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2021.
- D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2020.
- L. FAVOREU, L. PHILIP (et al.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 20^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2022.
- M. VERPEAUX (et al.), *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^{ème} éd. Paris, PUF, 2017.

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/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>] ;
- D. BARANGER, « 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/article/Le-langage-de-l-eternite-Le-Conseil-constitutionnel-et-l-absence-de-contrôle-des-amendements-a-la-constitution-318.html>] ;
- D. BARANGER, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », in *Jus Politicum*, n°21, [<http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>] ;

DOCUMENT 1 : D. BARANGER, « Le juge et ses signifiants : à propos des principes généraux du droit », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Lauvaux*, d. Panthéon-Assas, 2020, p. 73-87.

I- Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité

DOCUMENT 2 : 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* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>

DOCUMENT 3 : J. Rivero, « Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, 1972, p. 265-268.

DOCUMENT 4 : Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-157 QPC du 05 août 2011, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011157QPC.htm>

DOCUMENT 5 : Conseil Constitutionnel, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7351DC.htm>

DOCUMENT 6 : Conseil Constitutionnel, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>

DOCUMENT 7 : Conseil Constitutionnel, décision n°2018-717/718 QPC du 16 juillet 2018, *M. Cédric H. et autres* : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm#:~:text=%C2%AB%20Sous%20r%C3%A9serve%20des%20exemptions%20pr%C3%A9vues,amende%20de%2030%20000%20euros.

DOCUMENT 8 : Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021940QPC.htm>

DOCUMENT 9 : M. Chevrier, « Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France Soupape de sûreté pour un contrôle du droit de l'Union européenne ou catégorie substantielle du droit constitutionnel ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, 6 décembre 2021, n° 49, p. 2238-2241 (disponible depuis l'ENT Paris Panthéon-Assas, via LexisNexis).

II- Un « bloc de constitutionnalité » ?

DOCUMENT 10 : S. Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Vème République », *RDP*, 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 12 : O. Jouanjan, « La Cour de cassation, le conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'État », *RFDA*, n° 6, 2001, p. 1169.

À CONSULTER

- 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*.
- Conseil Constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.
- Conseil Constitutionnel, décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

Le juge et ses signifiants : à propos des principes généraux du droit¹

Denis Baranger

Professeur de droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas

Dans la littérature, assez uniformément justificative, qui lui a donné le jour, la « théorie » des principes généraux du droit prend la forme d'un récit des origines au double visage. D'un côté les principes généraux du droit seraient une invention « hardie » du juge administratif, dont il est possible de faire remonter la naissance aux alentours de l'après-guerre, en raison notamment des périls que faisait peser sur les droits individuels la législation de Vichy². De l'autre, les principes généraux du droit auraient toujours existé, du moins depuis qu'il y a en France un juge administratif. Laferrière renvoyait déjà, en son temps, à l'existence de principes « inhérents » à la légalité administrative. Ce récit en partie double n'est donc pas nécessairement *faux*. Mais il gomme les aspérités historiques et lisse les trajectoires. Il suppose d'adhérer, par exemple, à l'image d'une III^e République idéalisée dans son rôle de protectrice sourcilieuse des libertés, ce qu'elle n'a pas toujours été. Il faut aussi, pour être convaincu, mettre de côté le rôle du juge administratif – désormais controversé – dans la période de Vichy, et ne pas voir que, même en des phases historiques moins troublées, l'intervention du juge administratif n'implique pas toujours une meilleure protection de la liberté individuelle. Il faut encore, ce qui n'est pas trop difficile, diaboliser la législation de Vichy mais aussi, au passage, ne pas vouloir se souvenir qu'elle n'a nullement été abrogée en bloc à la Libération. De manière peut-être plus intéressante, ce que dit un tel discours, c'est que la doctrine des principes généraux du droit a connu une longue gestation pour passer, dans le courant des années mille neuf cent cinquante, à un moment de passage de

¹ Cet article qu'il m'est agréable de dédier à Philippe Lauvaux me donne l'occasion de lui exprimer ma reconnaissance pour le rôle qu'il a joué dans le début de ma carrière universitaire. J'ai appris à son contact ce qu'il en était de véritablement *savoir quelque chose* en matière de régimes politiques et d'histoire constitutionnelle.

² M. LETOURNEUR, *Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'État*, EDCE, 1951, p. 20.

l'utilisation implicite à la reconnaissance explicite. Il faudrait s'en rapporter à une histoire interne du Conseil d'État pour saisir les raisons de la parution, entre la fin des années 1940 et le début des années 1950, d'une série d'articles aux « Études et Documents du Conseil d'État » publiés par des membres de cette institution et consacrant la catégorie des principes généraux du droit³. Mais la reconnaissance quasi officielle de cette catégorie de principes n'est probablement pas intervenue accidentellement à un tel moment de l'histoire. Le juge administratif devait, au lendemain d'une période historique où son attitude avait été sujette à caution, recomposer – de manière plus ou moins convaincante – un récit dans lequel il n'aurait jamais cessé d'être un parfait défenseur des valeurs républicaines.

Reste que, bien des années plus tard, rien n'est clair concernant les principes généraux du droit : ni leur origine, ni leur statut, ni leur valeur normative, ni leur légitimité, ni leur signification politique. *Rien n'est clair*, autrement dit, *si non qu'ils existent*. Il ne sera donc pas inutile de reprendre la question si classique de leur valeur normative, en vue de montrer qu'il s'agit d'un problème insoluble parce que mal posé (I). Ensuite, on verra que la thèse de leur caractère jurisprudentiel ne se suffit pas à elle-même et mérite clarification. On verra en effet que le propre des principes généraux du droit n'est pas de se passer de tout support textuel, mais d'exister, selon une formule courante en jurisprudence, « même sans texte », ce qui n'est nullement identique (II). Enfin, une appréhension satisfaisante des principes généraux du droit – ces êtres si familiers et pourtant si mal connus – passera par une saisie adéquate de leur statut comme règles issues d'une interprétation juridictionnelle, mais qui – selon un vocabulaire classique en linguistique et sur lequel on s'expliquera – ne sont pas tant des *signifiés* que des *signifiants* (III).

I. L'INDÉCIDABLE VALEUR NORMATIVE

A. La référence à la Déclaration de 1789

Si l'existence des principes généraux du droit a été très vite reconnue, et presque sans controverse, leur valeur normative a suscité, au contraire, un débat nourri. Au XIX^e siècle et tout au long des III^e et IV^e Républiques, il n'était pas jugé indispensable de situer les principes généraux du droit quelque part dans une « hiérarchie des normes », pas plus qu'il n'était indispensable de leur attribuer une dénomination générique. Ils existaient parce qu'ils apparaissaient dans des

décisions, un point c'est tout. Il suffisait, pour parler d'eux, de s'en rapporter à leur effet, qui était de permettre la censure d'une décision administrative par le juge de la légalité administrative. La théorie moderne de la hiérarchie des normes n'était évidemment pas encore implantée, et les repères pour déterminer la valeur juridique d'une règle ou d'un principe n'étaient pas les nôtres, même si on peut voir émerger les idées modernes aux alentours de la première guerre mondiale avec la lecture par la doctrine française des grands auteurs de langue allemande.

Dans la tradition du droit public révolutionnaire de la France, les étalons de mesure de la validité et de l'autorité juridique consistaient dans la loi elle-même et dans la Déclaration de 1789, plutôt que dans la Constitution. La question de la suprématie de la Constitution, qui aurait pu se poser puisque des constitutions écrites existaient depuis 1791, était inhibée en théorie et en pratique par le principe de la loi, expression de la volonté générale. Dans le même temps, face à une Constitution de 1875 très brève et peu substantielle, la Déclaration de 1789 représentait, pour des raisons tout aussi culturelles que strictement juridiques, le point de repère privilégié de la communauté des juristes. Elle ne se voyait pas pour autant reconnaître de force normative, même si on connaît les controverses portant sur sa valeur juridique.

La Déclaration de 1789 n'a d'ailleurs pas été sollicitée en vue de conférer une valeur normative aux principes jurisprudentiels. C'est plutôt l'inverse qui s'est produit. Le vocabulaire littéraire et fleuri souvent choisi pour se référer à elle le montre bien. La Déclaration ne faisait pas partie du droit positif, mais elle se trouvait à son « frontispice », selon le mot du commissaire du gouvernement Cornille dans ses conclusions rendues sous l'arrêt *Baldy* de 1917⁴. Le juge ayant, de l'aveu commun, le pouvoir de créer des principes jurisprudentiels, ces principes servaient de support « positif » aux valeurs contenues dans la Déclaration. Et en retour, la Déclaration leur procurait, *via* son invocation régulière par les commissaires du gouvernement et autres commentateurs autorisés, la légitimité qui pouvait leur manquer du fait de cette origine prétorienne. La Déclaration, dénuée pour sa part de positivité juridique, trouvait dans les principes de la jurisprudence un véhicule juridiquement effectif.

Rattacher à la Déclaration un principe jurisprudentiel tel que le principe d'égalité permettrait en effet au juge de se dispenser de toute discussion doctrinale ou politique sur le statut du texte historique de 1789, et de ne pas avoir à se référer à lui comme à une source formelle du droit. La Déclaration était en quelque sorte, sinon « positive », du moins reliée indirectement, par ricochet au droit positif, par le biais de la reconnaissance jurisprudentielle. La référence à la Déclaration a toujours balancé entre deux pôles. Jamais on ne l'a déclarée positive (avant 1971).

³ Il faudrait aussi relier l'histoire des principes généraux du droit en droit public avec celle qui se déroule, sur la longue durée, dans la jurisprudence de la Cour de cassation et dans la doctrine de droit privé.

⁴ CE, 10 août 1917, *Baldy*, *Rec.*, p. 638.

Jamais, non plus, elle n'a disparu des raisonnements juridiques. Le commissaire du gouvernement Gazier ne dit pas autre chose dans ses conclusions sur l'arrêt *Dehaene*⁵. Elle sert, dit aussi le commissaire du gouvernement Letourneur en 1953 « de base à tant de vos décisions⁶ ». Et si tel est le cas, c'est parce qu'on y trouve les principes corrélatifs de liberté et d'égalité pour l'accès aux fonctions publiques, qui « font partie de ces principes généraux qui constituent la base de notre droit public⁷ ». « *Frontispice* », « *fronton* », « *buse*⁸ » : de la part de techniciens du droit parfaitement à même d'employer des termes précis lorsque le besoin s'en fait sentir, le flou du vocabulaire n'est pas accidentel. À vrai dire, il n'est peut-être même pas approprié de parler de flou. Les mots disent précisément ce qu'ils ont à dire : la Déclaration de 1789 est invoquée non pas comme norme de référence mais comme justification politico-morale. Elle exprime le fond du droit, dissocié intellectuellement de la forme qui le rend, sinon positif, du moins effectif. La Déclaration est ainsi placée dans une relation de légitimation mutuelle avec les principes non écrits de la jurisprudence. Ils la positivent, dans la mesure du possible. Elle les légitime, dans la mesure du nécessaire.

B. Force de loi ?

La référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avait donc principalement une fonction de justification politique. S'agissant de trouver un repère dans le droit positif, en vue de situer les principes généraux du droit sur une sorte d'échelle même sommairement esquissée, c'est à la loi qu'il était fait appel. La loi a été de longue date, et demeure dans une large part, l'étalon de mesure de la validité juridique. Avoir « force de loi », c'est avant tout être du droit, faire partie des règles positives.

Sans surprise, la position dominante fut donc, de l'après-seconde guerre mondiale à 1958, celle de la valeur législative des principes généraux du droit. Le droit public se trouvait encore, malgré l'adoption de la Constitution de 1946, dominé par le paradigme de la souveraineté du législateur. Le juge administratif s'y soumettrait plus que quiconque, qui n'a jamais voulu renoncer à la jurisprudence ancienne par laquelle il refuse de s'ériger en organe de contrôle de la constitutionnalité des lois⁹...

⁵ CE, ass., 7 juill. 1950, n° 01645, *Dehaene*.

⁶ Nous soulignons.

⁷ Conclusions sous l'arrêt *Barel* du 28 mai 1954, *Rec.*, p. 316. Cité par F. BATAILLER, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, p. 96.

⁸ Cf. F. GAZIER, P. GENTOT, B. GENEVOIS, *La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, EDCE, 1989, n° 40, p. 151.

⁹ Avant l'arrêt *Arrighi*, la même solution résultait en effet d'une jurisprudence bien plus ancienne dont un exemple se trouve dans l'arrêt *Delarue* du 23 mai 1901 (*Rec.*, p. 483 ; la portée de l'arrêt ne se mesure qu'à la lecture des *Tables*, p. 1073).

On est donc porté à dire que les principes généraux du droit ont valeur législative¹⁰, « valeur de loi écrite¹¹ » ou « au minimum valeur législative¹² ». Cette référence à la loi ne doit pas être comprise avec notre regard contemporain. Elle ne signifie pas d'emblée, de manière automatique, « infra-constitutionnel ». La neutralisation durable du problème de la valeur de la Constitution écrite entre 1875 et 1958 explique cet état de chose. La référence à la loi signifie avant tout l'octroi d'une force juridique générique : force de loi veut dire force de droit.

C. Valeur constitutionnelle ?

Après la seconde guerre mondiale et jusqu'aux commencements de la V^e République, la juridiction administrative n'a pas résisté à la tentation (occasionnelle) d'un rattachement explicite des principes généraux du droit à la Constitution. Le rapprochement, quand il fut essayé, pouvait être indirect, ou opéré à quelques phrases de distance, comme dans l'arrêt du 7 février 1958 *Syndicat des Propriétaires de Chêne-liège d'Algérie*¹³. L'assimilation put aussi être complète, comme dans l'importante décision du 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*¹⁴. Le juge s'y référerait aux « principes généraux du droit [...] résultant notamment du Préambule de la Constitution ». Cette thèse du rattachement constitutionnel fut aussi, on le sait, défendue par la doctrine interne du Conseil d'État, par exemple sous la plume de Guy Braibant en 1962. Selon cet auteur, l'arrêt de 1959 consacrait le fait qu'une « promotion juridique » a été accordée aux principes généraux du droit : une « valeur constitutionnelle » leur était désormais reconnue du fait que désormais le pouvoir exécutif était et devait être directement assujéti à la constitution, à défaut que vienne s'interposer une loi¹⁵. Cette valeur était du moins reconnue aux principes généraux du droit de plein exercice, les principes « les plus importants », à la différence de « principes secondaires, subsidiaires posés par le juge pour combler les lacunes de la législation et de la réglementation », en particulier les principes de procédure.

À cette période, la position du Conseil d'État était sans nul doute qu'une partie au moins des principes généraux du droit – ceux visés par le préambule de 1958 et par le préambule de 1946 – revêtaient une pleine valeur constitutionnelle. Cette

¹⁰ T. BOUFFEAUD, Allocution pour le cent-cinquantième du Conseil d'État, cité par M. LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 19.

¹¹ Ce qui est une manière intéressante de relier la valeur normative avec une donnée formelle, le caractère écrit de la source. Cf. M. LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 24.

¹² J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne », [1951], Paris, Dalloz, 2016, p. 5.

¹³ Cf. F. BATAILLER, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴ Cf. F. BATAILLER, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*.

¹⁵ G. BRAIBANT, *L'arrêt-Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils et la théorie des principes généraux du droit*, EDCE, 1962, p. 68 et *passim*.

position fut encore celle retenue par l'arrêt *Laboulaye* de 1960 qui se réfère aux « principes généraux du droit garantis notamment par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁶ ». Le « moment 1958 » a bouleversé la donne, non pas sur le terrain des grands principes, mais parce qu'il a introduit des innovations dans le système normatif, avec elles, des problèmes techniques que la jurisprudence s'est trouvée appelée à résoudre. En particulier, que fallait-il faire des mesures prenant la forme d'actes administratifs mais dont le contenu matériel relève du domaine de la loi tel qu'il est désormais défini à l'article 34 de la Constitution ? Ces actes – qu'il s'agisse par exemple d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution, ou de règlements autonomes de son article 37, interviennent par hypothèse dans un domaine où il n'existe pas de loi parlementaire. La réponse du juge administratif fut donc, on l'a dit, qu'ils devaient être soumis aux principes généraux du droit.

La limite du raisonnement de Guy Braibant en 1962 était – comme cela se comprend aisément à cette date – de ne pas avoir anticipé le rôle à venir du Conseil constitutionnel et d'avoir pensé qu'on en était resté, avec la Constitution de 1958, au stade de la souveraineté de la loi. Aux yeux de cet auteur, la Constitution nouvelle n'avait attribué au Conseil constitutionnel qu'une compétence de « contrôle restreint » dans les limites de laquelle « il n'est pas certain qu'il soit également habilité à rechercher si la loi a méconnu les règles de fond posées par la Constitution, ou les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle¹⁷ ». Lorsqu'il devint évident que tel était pourtant bien le cas, la thèse de la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit ne pouvait que périr. Les références à des textes constitutionnels devinrent plus rares en jurisprudence, et la doctrine prit progressivement la mesure de la portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Dès lors, « le juge administratif n'éprouvera plus le même besoin de se retrancher derrière l'autorité de la Constitution¹⁸ ». Le juge administratif continuera à employer, voire à créer des principes généraux du droit nouveaux, mais ne se risquera que plus rarement à les relier à une source constitutionnelle. Le rattachement des principes généraux du droit au(x) préambule(s) n'a cependant pas connu son chant du cygne avec l'arrêt *Syndicat Général des Ingénieurs Conseils*. Il fut réaffirmé, de manière aussi explicite que possible, dans l'arrêt *GISTI* du

8 décembre 1978¹⁹, qui semblait, à le lire littéralement, appréhender le préambule de 1946 comme le dépôt de principes généraux du droit. Toutefois, il semble désormais que ce lien soit moins mis en avant, le Conseil d'État préférant, en tant que de besoin – et de manière de toute façon assez rare – consacrer un principe fondamental reconnu par les lois de la République, comme il le fit dans l'arrêt *Moussa Koné* de 1996²⁰.

D. L'impossible entre-deux : René Chapus

Ce n'est pourtant pas au terme d'une ré-estimation (au rang constitutionnel) mais d'un apparent abaissement (au niveau infra-législatif) que les principes généraux du droit trouvent une place relativement stable aux yeux de la doctrine majoritaire. La position quasi officielle²¹ sur la valeur des principes généraux du droit fut en effet fixée doctrinalement, en 1960 et 1966, par deux importants articles de René Chapus. L'auteur cherchait à trouver une solution au problème, alors d'une grande actualité de « la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif ». Ce problème se posait tout particulièrement du fait de l'apparition depuis 1958 (à cause de l'intervention de l'article 37 de la Constitution) de règlements dits « autonomes », c'est-à-dire n'étant pas des règlements d'application de la loi, car ils interviennent dans un domaine matériel ne relevant pas de celle-ci. Or le Conseil d'État avait choisi, en 1959²², de soumettre des règlements aux caractéristiques analogues²³ au respect principes généraux du droit.

Comment comprendre cette jurisprudence, rapidement étendue aux règlements de l'article 37 de la nouvelle constitution ainsi par exemple qu'aux ordonnances de l'article 38²⁴. Le juge administratif pouvait-il ainsi se référer à des principes non écrits, ne procédant pas de la volonté explicite du législateur ? Cela est-il compatible avec l'idée d'un juge garant de la seule légalité ? René Chapus a proposé

19 « Qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » (nos italiques).

20 CE, ass., 3 juill. 1996, p. 255.

21 Mais qui ne fait plus l'unanimité : outre l'étude de Pierre Brunet (citée *supra*), cf. les observations critiques de B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, Lexis-Nexis, 3^e éd., 2020, § 44 et § 150.

22 Dans l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, préc.

23 Le recours était dirigé contre un décret adopté sur le fondement de l'article 47 de la Constitution de 1946 qui autorisait le président du Conseil à « régler par décret, dans les territoires dépendant du Ministère de la France d'Outre-Mer, en application de l'article 18 du statut-consulte du 3 mai 1954, les questions qui, dans la métropole, ressortissaient au domaine de la loi ».

24 CE, sect., 28 oct. 1960, *De Laboulaye*, préc. ; CE, ass., 24 nov. 1961, n° 52262, *Fédération nationale des syndicats de police*.

16 CE, sect., 28 oct. 1960, *Sieur de Laboulaye*, *Rec.*, p. 570, nous soulignons.

17 G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 71.

18 B. JEANNEAU, *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps*, EDCE, 1981-1982, p. 35, qui relève notamment que la référence au préambule est encore présente en 1959 dans l'arrêt *Syndicat Général des Ingénieurs Conseils* mais que dans l'arrêt *Canal* de 1962, elle disparaît au profit de formules plus neutres (« droits et garanties essentielles de la défense » et « principes généraux du droit pénal »).

de distinguer entre les cas où il y a une loi à appliquer (interprétation) et les cas où, comme pour les règlements autonomes, il n'y a, par hypothèse, pas de loi. Là où une loi existe, elle doit être appliquée et son contenu déterminera si l'autorité réglementaire a ou non excédé ses pouvoirs. Il y aura donc interprétation de la loi. Le juge est de plain-pied avec toute norme qu'il interprète. « Interpréter » consiste alors à « définir et faire connaître ce qu'est le contenu d'une norme édictée par une autre autorité ». En effet, René Chapus ne permet pas à l'interprète d'aller aussi loin : selon lui, « l'interprétation se confond avec la norme interprétée : elle représente le contenu même de l'acte en cause. De ce fait, elle s'imposera avec la valeur qui est celle de la norme à laquelle elle s'applique et dont elle ne se détache pas ».

Le juge en posture d'interprète jouerait donc un rôle totalement transparent : « dès l'instant que l'on a admis que l'interprétation n'est pas un acte de volonté mais de connaissance, le produit de cet acte n'est pas une norme imputable au juge mais à l'auteur de la norme [qui fait l'objet] de l'interprétation²⁵. » Mais là où la loi est absente – et dans les cas ici évoqués elle l'est par définition – le juge n'est plus en position d'interprète. Il n'y a pas de loi à interpréter. Lorsque le juge administratif a recours à un principe général du droit, il « s'exprime lui-même » et non en tant qu'interprète du droit écrit : « L'œuvre du juge administratif, en tant qu'il s'exprime lui-même (et non comme interprète du droit écrit), ne peut se situer qu'au niveau qui est le sien dans le domaine des sources formelles du droit. Pour le connaître, une constatation suffit : le juge administratif est soumis à la loi dont il ne peut pas apprécier la validité ; il est au contraire en mesure d'invalider les actes des titulaires du pouvoir réglementaire ».

La position de René Chapus soulève différentes difficultés. Tout d'abord, en raisonnant ainsi, il oppose une situation où le juge interprète, c'est-à-dire reproduit et clarifie le sens contenu d'ores et déjà de manière parfaite dans l'énoncé du législateur, et une situation où le juge « s'exprime par lui-même ». Cette distinction n'empêche pas la conviction. D'une part, cela suppose que le juge décide que, dans certains cas, il n'y a pas de loi applicable au cas d'espèce, ce qui implique d'ores et déjà qu'intervienne de sa part un acte d'interprétation²⁶. D'autre part, dans le cas où il y a, le juge qui l'interprète ne se contente pas d'en reproduire le sens déjà existant. Il produit un énoncé nouveau, distinct de l'énoncé législatif, qui consiste en une norme à caractère général. Le juge n'est jamais habilité à s'exprimer par lui-même. Il reste un organe subordonné, capable seulement

d'interpréter, c'est-à-dire de produire des énoncés non-indépendants, relatifs à des énoncés primaires tirés d'une source. À défaut de disposition législative applicable, cette source ne peut pas, par hypothèse provenir de la loi. Mais précisément, le juge a pris soin de rattacher cette origine soit à la Constitution²⁷, soit en tout cas à des principes « généraux du droit » qu'il ne rattache pas à la Constitution²⁸. Le juge qui « s'exprimerait lui-même », comme l'envisage René Chapus, commettrait un excès de pouvoir juridictionnel. Il deviendrait, comme l'a dit Pierre Brunet, un « César en puissance²⁹ ».

Parfois, le Conseil d'État ne rattache le principe général du droit à aucun texte, et parfois aussi il ne le qualifie même pas de principe général du droit³⁰. Mais même dans un pareil cas, le juge qui affirmerait sa totale liberté de décision se placerait en dehors de son office et de l'idée même de pouvoir juridictionnel. Le juge consent donc d'importants efforts de persuasion pour faire comprendre, au moyen de différents signaux, qu'il est resté dans son rôle. Par exemple « l'analyse » (le classement des arrêts par voie de mots-clés) au recueil Lebon de l'arrêt *Dame Veuve Tromprier-Gravier* de 1944 comporte la mention « principes généraux du droit ». Et l'arrêt est interprété universellement comme une illustration de cette « théorie » des principes généraux du droit.

Le juge confronté à des actes intervenus dans le domaine de la loi et en l'absence d'une loi faisant « écran » ne peut donc se référer à une disposition législative, mais il ne peut pas non plus « s'exprimer lui-même ». Que fait-il donc en pareil cas ? Il s'attache à interpréter, non pas une source particulière (telle loi, telle disposition constitutionnelle), mais la signification du droit applicable dans son ensemble, envisagé aussi généralement que possible, et dans la longue durée. C'est d'une opération interprétative de ce type que sont issus les principes généraux du droit. Ils ne procèdent pas de l'interprétation de telle ou telle règle issue d'une certaine source. Ils résultent d'une interprétation globale de notre droit, et cela sur une longue durée. Ainsi, on peut montrer comment certains arrêts ayant consacré le principe d'égalité sous la III^e République ont par-là opéré la conversion juridique

²⁷ Ainsi le visa de l'arrêt *Amicale des Annamites de Paris* (CE, ass., 11 juill. 1956, n° 266388) renvoie-t-il à la Constitution tandis que ses motifs se réfèrent aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (dont « la liberté d'association ») visés par son préambule. Dans l'arrêt *Syndicat général des Ingénieurs Conseils*, le Conseil d'État s'est également référé aux « principes généraux du droit [...] résultant notamment du préambule de la Constitution ».

²⁸ CE, 5 mai 1944, n° 69751, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*.

²⁹ P. BRUNET *op. cit.*

³⁰ L'arrêt *Dame Veuve Tromprier-Gravier* censure une mesure de retrait d'une autorisation d'occupation du domaine public adoptée sans que l'intéressé ait été « mise à même de discuter les griefs formulés contre elle » et ait été « invitée à présenter ses moyens de défense ». Mais il ne qualifie pas cette exigence de principe général du droit et ne vise, outre les arrêts dont la légalité lui était soumise, que la loi du 18 décembre 1940.

²⁵ P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », dans D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.

²⁶ Je remercie Olivier Beaud de m'avoir fait observer ce point.

de ce principe qui languissait, à l'état de ressource inexploitée, dans la Déclaration de 1789³¹.

À défaut de voir les choses ainsi, René Chapus paraît se méprendre à la fois sur le sens de l'idée de source et sur celui de l'acte d'interprétation. Du premier point de vue, il en accorde à la fois trop et trop peu à la notion de « source formelle ». Les seules sources acceptables sont pour lui les sources « formelles », celles que le juge reconnaît à leur degré de validité juridique (par exemple la loi parlementaire pour le juge de la légalité). Mais si les seules sources recevables sont formelles, pourquoi le juge devrait-il – comme l'a relevé Pierre Brunet³² – recourir à des principes généraux du droit ? René Chapus est tenu par son positivisme à ne reconnaître que la loi comme source du contrôle de légalité. Il est également contraint, du fait de sa loyauté vis-à-vis des positions dogmatiques du Conseil d'État, à trouver aux principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes une place qui corresponde à l'idée d'un juge entièrement subordonné à la loi.

Du point de vue cette fois de la théorie de l'interprétation, la difficulté gît dans le fait que René Chapus considère qu'il existe une « norme édictée » par le législateur et que c'est cette norme qui « circule », intacte en quelque sorte, jusqu'au juge qui n'en est que l'organe d'explicitation, de communication (il la « fait connaître »). En ne voyant que des « normes », et des normes d'un seul type quel que soit leur énonciateur, Chapus s'impose de les hiérarchiser au sein d'une seule et unique échelle de valeur normative. La solution à toutes les difficultés consiste pour lui dans le placement des objets étudiés (les principes généraux du droit) dans une hiérarchie rigide rassemblant de surcroît des normes et des organes censés les appliquer : un organe tel que le juge ne pourrait que se placer « en dessous » de la loi. Or l'interprétation ne consiste certainement pas en une simple « explicitation » de la norme édictée par une autre autorité. Le prétendre, c'est ne pas voir qu'en réalité l'interprète intercale des énoncés de sa création entre la règle issue de la source et la solution d'espèce à laquelle il parvient.

Il existe en effet certainement de la part du juge français une préférence pour le droit écrit : la meilleure solution pour lui est de se référer à la loi ou à la Constitution. Mais à défaut, le juge étend les normes de référence de son contrôle à un certain état du droit positif dans son ensemble, ou si l'on préfère du « système juridique ». Une telle opération d'extension prend souvent des formes complexes. Le juge pourra ainsi se référer implicitement (ou via un commissaire du gouvernement ou un commentaire doctrinal) à une ressource comme la Déclaration de 1789 (avant 1973). Il pourra renvoyer à « la Constitution » sans plus de détail, ou bien à des

31 Cf. p. ex. les arrêts *Roubeau* (CE, 9 mai 1913, *RDO*, 1913, *Rec.*, p. 684) et *Mlle Bohard* (CE, ass., 3 juil. 1936, n° 43239, 43240).

32 P. BRUNET, *op. cit.*

lois parlementaires suffisamment importantes pour servir d'ancrage à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Mais la nature de l'opération sous-jacente ne fait pas de doute : la source « formelle » ne suffisait pas à fonder la solution. Il fallait aller chercher au-delà.

Par voie de conséquence, la solution prônée par René Chapus d'un niveau intermédiaire (infra-législatif et supra-réglementaire) de normativité des principes généraux du droit n'est, à son tour, pas satisfaisante. En particulier, elle impose de jeter le voile sur tous les contre-exemples (de référence à une valeur pleinement législative, ou de référence à une valeur constitutionnelle) que l'on peut rencontrer dans la jurisprudence du Conseil d'État. Comme cet auteur n'envisage pas la possibilité que le juge produise lui-même des énoncés porteurs de normes générales, il opère dans le « bloc de légalité » une scission assez problématique entre la loi et les principes généraux du droit, qui lui seraient normativement inférieurs. Dans la famille du « bloc de légalité », les principes généraux du droit se verraient attribuer le sort peu enviable d'une sorte de parent pauvre vivant dans un entresol. Mais le parent n'est pas si démuní, et son logement n'est pas si inconfortable. En effet, René Chapus a trouvé là une recette idéale pour réconcilier les principes généraux du droit avec la thèse, vitale pour l'image dogmatique que projette de lui-même le Conseil d'État, d'un juge administratif pleinement et scrupuleusement réduit au rôle de serviteur de la loi³³. L'effet utile de la solution proposée par René Chapus tient en effet à une donnée perdue de vue par Guy Braibant quelques années plus tôt. Le juge administratif tire une bonne part de sa légitimité du fait d'être un juge de la légalité et non de la constitutionnalité. La position de René Chapus a le grand mérite de rétablir cette vision canonique des choses. Elle est plus efficace dogmatiquement. Qu'elle doive pour cela s'adosser à une vision fort peu réaliste de la fonction juridictionnelle – ramenée à une pure soumission vis-à-vis des lois – n'a guère ému tous ceux qui s'y rallient et s'y rallient encore. Qu'importe la vérité des phénomènes quand les apparences sont si admirablement sauves ?

La solution élaborée par René Chapus réconcilie l'irréconciliable : le pouvoir créateur du juge sur le terrain de la légalité et la prétention de ce dernier à demeurer, malgré tout, un subordonné du Parlement et un serviteur de la loi. Elle s'appuie sur ce qu'on pourrait appeler des prémisses dogmatiques opératoires, qui affirment tout ensemble que le juge administratif n'est qu'un garant de la légalité ; qu'il ne peut pas créer du droit législatif nouveau ; mais que, sans contradiction avec les deux axiomes précédents, il censure les règlements incompatibles avec les principes qu'il « dégage » lui-même. Le prix à payer pour une telle démonstration est que les déductions à partir de ces prémisses sont elles-mêmes contradictoires : les principes généraux du droit seraient donc à la fois infra-législatifs sous l'angle de leur origine

33 Cf. M. LETOURNEUR, *op. cit.*, (p. 30) que cela n'empêche pas d'opiner pour la valeur législative.

et assimilables à la législation du point de vue des effets qu'on leur fait porter dans l'ordre juridique. Mais la dogmatique est indifférente à la question du vrai et du faux, et, comme l'inconscient, elle ignore la contradiction.

Tout entière gouvernée par des préoccupations dogmatiques, la question de la valeur normative des principes généraux du droit devenait par là même *rigoureusement insoluble*. La variabilité déjouant des réponses offertes le montre bien. Elles se valent toutes. Mais au bout du compte, aucune de ces solutions ne peut être tenue pour satisfaisante, même si (ou plutôt *parce que*) aucune ne peut être écartée. Les principes généraux du droit sont le résultat d'un travail interprétatif. Ils ont pour support, non pas des énoncés législatifs susceptibles d'être appelés « lois » ou « constitution », ou « règlement », mais des énoncés issus de l'interprétation juridictionnelle. Il serait à tout prendre moins inexact de considérer leur valeur normative comme étant celle de la jurisprudence... si seulement quiconque avait été en mesure de fixer précisément la valeur normative de celle-ci. Ce n'est pas qu'une bonne réponse se soit imposée, mais que la question a cessé ou presque d'être soulevée. L'irruption du Conseil constitutionnel et de sa jurisprudence relative au bloc de constitutionnalité a retiré une grande partie de sa portée pratique à la controverse.

II. « ... MÊME EN L'ABSENCE DE TEXTE »

A. L'esprit de la légalité

La recherche d'une valeur normative propre aux principes généraux du droit est liée à la prétention de leur faire constituer une catégorie de normes entièrement détachée des sources du droit écrit. Les principes généraux du droit seraient donc des principes dont le Conseil d'État « affirme [l'] existence, *abstraction faite de toute référence écrite*³⁴ ». La prémisse de ce raisonnement ne nous semble toutefois pas assurée. Certes, on a semble-t-il renoncé depuis les années 1950 à présenter les principes généraux du droit comme « correspond[ant] à la volonté du législateur », y compris quand il ne l'a pas formulée de manière expresse³⁵. Ce lien tissé, non pas avec un texte législatif, mais avec la volonté (supposée) du législateur, constituait une manière de rétablir par une sorte de présomption morale la base légale des principes généraux du droit. Le législateur étant censé être vertueux, il n'a

pu que vouloir adhérer aux principes généraux du droit qui expriment en quelque sorte l'esprit d'une législation idéale.

Par-delà les accidents de la législation réelle, le recours aux principes généraux du droit peut donc se présenter comme la contribution du juge à la formation d'une légalité principielle, pour ne pas dire d'une légalité idéale. Avec les principes généraux du droit, le principe de légalité peut se faire voir, non pas comme une simple affirmation de la soumission nécessaire de l'administration à tout ce qui a été décidé – bien ou mal – par le législateur réel, mais bel et bien comme un *principe*, avec ce que cela comporte de généralisation, d'effacement des erreurs ou des errements du législateur, voire de références morales. On pourrait comprendre les principes généraux du droit comme autant de manifestations diverses d'un même principe : celui de la légalité. Selon la vision des choses qui est la nôtre dans le domaine juridique, respecter la légalité, c'est faire ce qui est bien. C'est agir vertueusement. Mais un tel résultat n'est pas atteint s'il faut appliquer une loi injuste ou mal rédigée. L'obéissance à ces lois sclérotées ou frappées de mal façon ne revêt pas cette dimension de principe qui est pourtant présente dans l'idée du principe de légalité. Le principe général du droit « écumé » les mauvaises lois, les mauvaises règles (comme dans l'affaire *D'Allières*³⁶). Au contraire, il synthétise tout ce qui se trouve de bon dans la légalité passée ou présente. C'est la dimension « éthique » des principes généraux du droit justement mise en évidence par Jean Rivero.

Les principes généraux du droit permettent de mettre en évidence cette composante de « principe » dans l'idée d'État de droit et dans celle de légalité. Ils représentent, en quelque sorte, une forme de légalité sans loi. On dira par exemple qu'il est question, avec eux, de garantir « le respect de la règle de droit » – ce qui permet de surmonter une légalité textuelle, mais problématique. En effet, il a été relevé que la floraison de principes généraux du droit après la seconde guerre mondiale s'expliquait par les atteintes à la légalité et aux valeurs républicaines commises par le régime de Vichy. Les principes généraux du droit furent alors une solution alternative, et pour tout dire plus convaincante, à celle consistant dans le rattachement artificiel à une disposition écrite d'une solution jugée préférable, dont le modèle est l'arrêt *Heyriès*³⁷. Dans les deux cas, on retrouve l'intention de contourner une disposition légale embarrassante. Dans le cas de l'arrêt *Heyriès*, il fut nécessaire au Conseil d'État, pour y parvenir, de se livrer à une interprétation très constructive d'une disposition donnée de la constitution (l'article 3 de la loi du 25 février 1875) lui permettant de créer de toutes pièces une habilitation réglementaire. Dans le cas des principes généraux du droit, la méthode gagne en

³⁴ CE, ass., 7 févr. 1947, n° 79128.

³⁵ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.*, p. 631.

³⁴ B. GENEVOIS, v° « Principes généraux du droit », *Répertoire de Contentieux Administratif*, (oct. 2010, mis à jour en oct. 2014), § 16.

³⁵ On croise déjà cet argument chez Laférière et encore dans les écrits de Letourneur (cf. EDCE, 1951, p. 29).

vraisemblance. Plutôt que de « tirer du sang des pierres », le juge a trouvé avec les principes généraux du droit le moyen d'alléger la contrainte de fidélité au droit écrit qui pèse normalement sur lui, sans que jamais ou presque cela ne l'expose à l'accusation de porter atteinte à l'État de droit.

B. Par-delà l'écrit et le non écrit

L'appellation de « principes non écrits » ou « jurisprudentiels » renvoie le lecteur à l'idée d'une opposition tranchée entre principes généraux du droit et droit écrit. Or ce contraste est beaucoup moins franc qu'il y paraît. Le lien entre principes généraux du droit et droit écrit a toujours été préservé. L'intuition est ancienne. Selon Laferrière, les décisions de la juridiction administrative reposaient sur « des principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif³⁸ ». Mais l'idée n'est pas l'apanage de la seule doctrine. Certes, en matière de principes généraux du droit, aucune formulation jurisprudentielle n'est parfaitement systématique, d'autant que nombre de ces principes ont été, à travers le temps, mobilisés sans être rattachés à une quelconque catégorie normative générique. Mais il est une formulation suffisamment fréquente pour être remarquée. Elle présente les principes généraux du droit comme des principes applicables *même en l'absence de texte*. On la retrouve par exemple dans l'arrêt *Aramu* de 1945³⁹ puis dans l'arrêt *Mailloü* de l'année suivante⁴⁰. Elle réapparaît ensuite dans l'arrêt *Dame Lamotte* de 1950⁴¹. Dans l'arrêt *Syndicat Général des Ingénieurs Conseils* de 1959, les principes généraux du droit, ici rattachés au préambule de la Constitution, s'imposent « même en l'absence de disposition législative ». Cette formulation (« même en l'absence de... ») n'emporte nullement exclusion du droit écrit mais seulement mise à distance de la légalité textuelle (c'est-à-dire, peut-être, non pas exclusion mais *forclusion*). Elle fait apparaître que le principe général du droit peut se réaliser dans un texte positif, ou qu'il peut exister hors texte. Les principes généraux du droit, écrit ainsi l'auteur contemporain de référence, « ne figurent *pas nécessairement* dans des textes⁴² ». L'absence de source écrite positive n'est pas tenue pour indispensable tandis que sa présence n'est, donc, pas un obstacle à la reconnaissance d'un principe général du droit. Ainsi, il sera possible – en renversant le raisonnement habituel

38 Cité par B. GENEVOIS, *op. cit.*, § 6.

39 CE, ass., 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213.

40 CE, 22 mai 1946, *Mailloü*, S. 1946, 3, 5, 2, cité par M. LETOURNEUR, EDCÉ 1951, *op. cit.*, p. 26.

41 Lequel énonce que « le recours pour excès de pouvoir [...] est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité », (CE, ass., 17 févr. 1950, n° 86949).

42 B. GENEVOIS, *op. cit.*, § 35.

– de dire, non pas que le principe général du droit « reflète » des règles écrites du passé, mais au contraire que le droit écrit « s'inspire » d'un principe général du droit⁴³. Le rapport du principe général du droit avec le texte n'est donc ni un lien de dépendance stricte (il faut un texte) ni un rapport de pure et simple mise à l'écart (la reconnaissance n'est acquise que dans le silence du droit écrit). C'est un rapport de démarcation par rapport au droit positif. Et si démarcation il y a, c'est que le principe général du droit est issu d'une interprétation produite par le juge. On peut dire, comme on voudra, que le juge « dégage », « déduit », « crée », « reconnaît » des principes généraux du droit. Ces verbes ne désignent aucune opération spécifique. Ils sont arbitraires et interchangeables tant que l'on ne caractérise pas la situation exacte dans laquelle se trouve le juge. Ce qu'il faut en dire est qu'il se trouve dans une *situation d'interprétation*, qu'il émet à cette occasion des *énoncés* nouveaux, démarqués du droit positif, et que l'on va présenter dans le reste de cette étude comme ayant le caractère de *signifiants*.

III. LE JUGE, CRÉATEUR DE SIGNIFIANTS

A. Principes généraux du droit et interprétation

Tant la théorie de la nature des principes généraux du droit que les efforts visant à les situer dans la hiérarchie des normes se sont heurtés, on le voit, à de considérables difficultés. On ne peut pas, malgré les plumes prestigieuses qui les ont défendues, considérer ces prises de position comme satisfaisantes. La raison de fond tient à une donnée relevant de la théorie du droit : on ne peut pas situer les principes généraux du droit dans la hiérarchie « des normes », du moment que celle-ci est en fait une hiérarchie des normes émises par un énonciateur primaire habilité à créer du droit à partir de rien (le constituant ou le législateur, par exemple). On ne peut pas non plus déduire cette hiérarchie de la subordination organique du juge vis-à-vis de cet organe primaire de production du droit. Il faut, avant cela, concéder que le juge produit des normes générales, lesquelles ne sont pas la simple réplique de celles du législateur, ou d'une quelconque autre autorité normatrice. On se trouve donc confronté à un problème de théorie de l'interprétation : les principes généraux du droit sont des énoncés possédant un contenu normatif, mais il s'agit là de normes dont le statut est différent de celles émises par le législateur ou tout autre autorité « primaire ». Ce sont des normes générales issues de l'interprétation d'autres

43 Cf. par ex. l'arrêt *Dame Peynet* du 8 juin 1973 (n° 80232) qui renvoie au « principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1^{er} du Code du travail ». Cf. aussi le principe « dégage » dans l'arrêt *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle* (CE, 2 oct. 2002, *AJDA*, 2002, p. 1294).

DOCUMENT 2 : 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 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>

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 » 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^e 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 ?

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 ?

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

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

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^{er} 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^e 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 » ? Donnerait-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^e 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^{er} 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^e 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^e 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 exigü.

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^e. 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^e République, un âge d'or de la liberté. Régime fondamentalement libéral, certes, la III^e 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^{er} 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^e 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^{er} 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.

DOCUMENT 4 : Conseil Constitutionnel, décision n° 2011-157 QPC du 05 août 2011, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011157QPC.htm>

DOCUMENT 5 : Conseil Constitutionnel, décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1973/7351DC.htm>

DOCUMENT 6 : Conseil Constitutionnel, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle- Calédonie* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>

DOCUMENT 7 : Conseil Constitutionnel, décision n°2018-717/718 QPC du 16 juillet 2018, M. Cédric H. et autre : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm#:~:text=%C2%AB%20Sous%20r%C3%A9serve%20des%20exemptions%20pr%C3%A9vues,amende%20de%2030%20000%20euros.

DOCUMENT 8 : Conseil constitutionnel, décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021940QPC.htm>

DOCUMENT 9 : M. Chevrier, « Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France Soupape de sûreté pour un contrôle du droit de l'Union européenne ou catégorie substantielle du droit constitutionnel ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, 6 décembre 2021, n° 49, p. 2238-2241 (disponible depuis l'ENT Paris Panthéon-Assas, via LexisNexis).

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^e 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 positions 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 » (« procédurales » 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'édiction 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 d'artie 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^{er} qu'elle « reconnaissait », confirmait et garantissait 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^e République, alors que les lois constitutionnelles de 1875, dans leur bréveté, 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^e 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 *coutumière*, par définition même 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^e 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 constructive 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 conviendrait... (18).

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

(12) ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 6^e 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) ESMEIN, *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^e 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, *Condamin, 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^{er} juin 1962, *Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire, Rec.*, p. 365.