

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°3 : LA QUESTION DES SOURCES EN DROIT PUBLIC

Pages de l'ouvrage de référence pour le cours : D. BARANGER, *La Constitution. Sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, Méthodes du droit, 2022, **p. 165-172, p. 413-441**

Bibliographie :

- R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922), rééd. Paris, Dalloz, 2003 ; *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984.
- M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1929 ; *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd. (1933), rééd. Paris, Dalloz, 2004.
- G. VEDEL, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, 1992.
- B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011.
- P. SERRAND, entrée « Loi », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

I- Perspective historique

DOCUMENT 1 : J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 5-15.

DOCUMENT 2 : R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984, p. 103-104 et p. 119-124.

DOCUMENT 3 : *Conclusions* du commissaire du gouvernement Latournerie sur l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec. Dalloz, 1938, p. 33-37.

II- Perspective comparatiste

DOCUMENT 4 : E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel. France, Angleterre, Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885, p. 217-233

DOCUMENT 5 : E. Zoller, « La mutation des sources du droit constitutionnel », *Revue de Droit d'Assas*, n°6, octobre 2012, p. 33-39 (extrait).

III- La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif

DOCUMENT 6 : G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *EDCE*, 1954, n°8, p. 26-27 et p. 36-43 (extraits).

DOCUMENT 7 : C. Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif », *RDP*, 1972, p. 1369-1374 (extrait).

DOCUMENT 8 : P. Delvolvé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211 (extrait).

DOCUMENT 9 : F. Melleray, « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA*, n°2, 23 janvier 2017, p. 91-94.

DOCUMENT 10 : J. Chevallier, « le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 17-25 (extrait).

JEAN RIVERO

*Fin d'un absolutisme**

Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire. Ainsi du Conseil constitutionnel. Le père spirituel de la Constitution de 1958, qui n'avait pas, pour les juristes, un goût excessif, n'avait sans doute pas pressenti qu'en « plaçant certains des votes du Parlement sous le contrôle d'un Conseil constitutionnel tout justement appelé à la vie » (1), il allait parachèver la construction, en France, de l'Etat de droit, en rendant effective la soumission du Législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir et en le contraignant par là au respect des libertés publiques. Vingt années ont suffi à rendre caduque une tradition vieille d'un siècle et demi, et que quatre Républiques semblaient

* Cet article a été écrit durant l'été 1980. Si on n'a pas cru nécessaire, à l'occasion de la présente réédition, de le remanier pour l'actualiser, c'est que l'évolution n'a fait qu'en confirmer les conclusions. Le changement de majorité de 1981 aurait pu être fatal au Conseil constitutionnel. La gauche, dans l'opposition, ne lui avait pas épargné les critiques, et sa suppression avait été proposée, quitte à le remplacer par une « Cour constitutionnelle » dont le statut et le rôle n'avaient guère été précisés. Mais, parvenue au pouvoir, la gauche a respecté l'institution. Certes, la censure qui a frappé la loi de nationalisation a suscité, de la part de nombre d'élus de la nouvelle majorité, protestations et menaces. Mais le Gouvernement, fidèle à l'exemple de ses prédécesseurs, a eu la sagesse de se conformer à la décision, puis à toutes celles qui l'ont suivie. Bien plus : lorsqu'il s'est agi de donner à la Haute Autorité de la Communication audio-visuelle un statut propre à garantir son indépendance, on lui a transposé celui du Conseil constitutionnel. Enfin, en choisissant pour le présider l'homme qui incarne la fidélité d'une certaine gauche aux valeurs de la tradition libérale, le chef de l'Etat a implicitement souligné l'importance qu'il attache désormais à l'institution, et ratifié la mission de gardienne des libertés qu'elle s'est assigné (février 1986). Le recours au Conseil est devenu, pour les oppositions, l'ultime moyen de contester une loi qu'elles ont combattue en vain : comment les majorités du jour, qui savent qu'elles peuvent être les minorités du lendemain, porteraient-elles atteinte à un droit dont elles auront besoin si elles perdent le pouvoir ? Il pouvait paraître audacieux d'écrire en 1980 : « La Haute Instance a trouvé, dans l'ensemble institutionnel, une place qu'il semble désormais impossible de laisser vide »... Après l'épreuve de l'alternance, la même phrase n'est plus que le constat d'une évidence.

Les quelques notes de 1986 sont signalées par des astérisques (*).

(1) Charles de GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. I, p. 35.

avoir sacralisée. C'est cette étonnante aventure institutionnelle, et ses retombées au profit de la liberté des citoyens, qu'on voudrait évoquer.

I

Il faut, au risque de rappeler des évidences, revenir à 1789, à la Déclaration, et à travers elle, à Rousseau. La Loi est l'expression de la volonté générale. Comme tous les citoyens participent à son élaboration, et que nul ne peut vouloir s'opprimer lui-même, elle ne peut, par nature, être oppressive. A elle, dès lors, selon la Déclaration, de déterminer les cas et les formes de l'accusation, de l'arrestation, de la détention (2), à elle d'« établir l'ordre public » (3), de définir les abus qui restreignent le droit à la libre communication des pensées et des opinions (4) : elle ne le fera que dans les strictes limites du nécessaire.

Confiance absolue et inconditionnelle dans la vertu libérale de la Loi ? Pourtant, à travers la Déclaration elle-même, et la Constitution de 1791, une inquiétude se glisse. Affirmer que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (5), n'est-ce pas sous-entendre qu'il ne serait pas impossible, après tout, qu'elle en défendît d'autres et qu'il y a, au-dessus d'elle, un Droit qui limite son pouvoir ? L'inquiétude est plus explicite encore dans la disposition du titre I^{er} de la Constitution de 1791, selon laquelle « le Pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des Droits naturels et civils garantis par la Constitution ». L'interdiction ainsi formulée suppose l'éventualité d'une transgression.

Ainsi, l'impossibilité structurelle d'une oppression par la Loi s'estompe, et la pyramide des normes juridiques se dessine clairement : au sommet, les droits de l'homme, naturels, inaliénables et sacrés tels que la Déclaration les a définis ; au-dessous, la Constitution, qui, par la garantie qu'elle leur donne, transforme les droits « naturels, en droits civils » (6), enfin la Loi, qui trouve sa limite dans le respect des droits « garantis par la Constitution ».

Seulement — et là reparaissent l'héritage de Rousseau, et la confiance dans la Volonté générale —, aucun gardien n'est chargé de

(2) Déclaration des droits de l'homme, article 7.

(3) Déclaration, article 10.

(4) Déclaration, article 11.

(5) Déclaration, article 5.

(6) Constitution de 1791, titre I^{er}, Dispositions fondamentales.

II

Les auteurs de la Constitution de 1958, en créant le Conseil constitutionnel, ont-ils voulu donner, à la subordination théorique de la Loi à la Constitution, la sanction propre à la rendre effective qui lui avait toujours fait défaut ? Leur perspective initiale a été sans doute plus précise et plus limitée : le contrôle de constitutionnalité, dans leur esprit, semblait n'être qu'une des multiples techniques destinées à rétablir vis-à-vis du Parlement l'autorité du Gouvernement, une pièce étroitement dépendante de l'ensemble constitutionnel qu'ils mettaient en place.

Ainsi ne faut-il pas s'étonner du peu d'enthousiasme avec lequel fut accueillie la nouvelle institution. La critique des adversaires du régime allait de soi : leur hostilité à l'égard du Conseil constitutionnel se fondait dans l'hostilité globale que leur inspirait l'ensemble des dispositions qui tendaient à mettre fin à la souveraineté parlementaire. A l'inverse, les défenseurs du contrôle de constitutionnalité, et parmi eux la majorité des représentants de la Doctrine, avouaient leur déception. Déception quant à l'institution elle-même : la diversité de ses attributions, parmi lesquelles le contrôle de la Loi ne paraissait pas tenir la place essentielle, lui conférait un caractère hybride, le mode de désignation de ses membres ne garantissait *a priori* ni leur compétence juridique, ni leur indépendance vis-à-vis des assemblées ou du président. Déception quant à la saisine : comment espérer que les deux chefs de l'Exécutif, inspirateur, dans le nouveau régime, de la quasi-totalité des lois, et les présidents des assemblées dont la majorité aurait adopté le projet à elles soumis, seraient amenés à en contester, devant le Conseil, la constitutionnalité ? Déception, enfin, quant aux modalités mêmes du contrôle, limité à une prévention enfermée dans un délai trop bref, excluant toute possibilité de contestation une fois le texte promulgué. Faut-il ajouter que le Conseil, récusé dans son principe par les fidèles de la souveraineté parlementaire, critiqué par la majorité des juristes, ne fut pas accepté sans réticences par les grands corps de l'Etat, peu soucieux de devoir partager leur prestige et leur autorité avec un nouveau venu qui, de surcroît, prenait le pas sur eux dans l'ordre des préséances ?

En définitive, on a pu légitimement penser, à cette époque, que les vraies missions du Conseil se limitaient à éviter que les lois organiques et les règlements des assemblées, seuls textes soumis de plein droit à son examen, vinssent restituer sournoisement au Parlement une part de l'autorité perdue, et à l'enfermer, par les procédures de l'article 37, al. 2 et de l'article 41, dans les strictes limites

imposées à la compétence du législateur. Quant à espérer que le contrôle pourrait servir la protection des libertés, qui s'y serait hasardé ? Il aurait fallu, pour autoriser cet espoir, que l'acte constitutionnel réaffirmât de façon certaine les droits et les libertés des citoyens. Or, comment voir, dans la brève et banale référence du Préambule à la Déclaration de 1789 et au préambule de 1946, non pas une formule rituelle, mais une intégration des libertés fondamentales à l'ordre constitutionnel ?

(...)

1. — Nous avons jusqu'à présent parlé du pouvoir législatif comme s'il n'en existait point d'autre au-dessus de lui, du Parlement comme s'il était l'organe suprême, de la loi comme si elle était le statut primordial de la communauté nationale. Nous avons même qualifié la loi d'inconditionnée et le pouvoir législatif de souverain (V. notamment p. 91). N'est-ce point méconnaître que le pouvoir législatif et la loi sont précédés, dominés, limités, et en un mot conditionnés, par la Constitution, de qui l'on a dit souvent qu'elle est la loi qui crée le pouvoir législatif lui-même, de qui les fondateurs de la *Stufentheorie*, à leur tour, disent actuellement qu'elle crée au degré supérieur un droit antérieur au droit créé par la législation, celle-ci étant à un degré subalterne l'application du droit constitutionnel qui a réglé la confection des lois? Si les normes du degré législatif procèdent ainsi de celles préalablement établies par la Constitution, comment pourrait-on maintenir à la loi la qualification de règle autonome et initiale?

A cette objection tirée de la supériorité du pouvoir constituant et de la distinction ou gradation qui en résulte entre lois constitutionnelles et lois ordinaires, il y a lieu de répondre que la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ne peut guère s'épanouir, ni fonctionner d'une façon franche et régulière, dans les milieux étatiques où s'est implantée l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, celle-ci trouvant sa représentation dans le Parlement. A vrai dire, une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires ne se conçoit pas dans de

telles milieux. Car, la volonté générale est toujours égale à elle-même, c'est-à-dire toujours souveraine, quel que soit l'objet auquel elle s'applique. Le Parlement, par cela seul qu'il la représente, se trouve donc logiquement qualifié pour édicter, à tout moment, aussi bien les règles par lesquelles s'organise l'exercice de la puissance de la communauté, que celles se rapportant à d'autres objets. La loi, en tant qu'œuvre de volonté générale, devient elle-même un statut de la plus haute espèce, qui ne comporte point de statut d'une essence supérieure à la sienne. Bref, la base même de toute différenciation véritable entre lois constitutionnelles et lois ordinaires s'évanouit.

2. — Depuis la Révolution, l'affirmation de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif n'a cessé, en France, de tenir une large place dans les propos des hommes politiques et dans la littérature juridique elle-même. Sur la foi des discours prononcés originairement à l'Assemblée nationale de 1789, l'on s'est habitué à présenter cette séparation comme l'une des pièces capitales de notre système d'organisation des pouvoirs. Peut-être s'est-on trop fié en cela à des apparences. Si l'on était descendu au fond des choses, force aurait été de reconnaître que la séparation en question a été, dès les débuts datant de l'époque révolutionnaire, et est, aujourd'hui encore, plus nominale que réelle. Dans la Constitution de 1875, elle se réduit à bien peu de chose, et ce n'est pas forcer la vérité que de dire que les Chambres sont maîtresses des lois constitutionnelles comme des lois ordinaires. Or, parmi toutes les constatations relatives à la puissance parlementaire actuelle, il n'en est pas de plus impressionnante que celle-là : c'est bien elle qui nous donne le plus fortement à penser que la Constitution de 1875 a traité le Parlement en représentant de la volonté générale.

(...)

14. — Ce silence des textes constitutionnels de 1875 est notamment à remarquer en ce qui concerne les droits individuels des particuliers dans leurs rapports avec les organes et autorités étatiques. Sans doute, il faut, à l'égard de ce que l'on appelle les libertés publiques, faire la part de la confiance qu'ont mise les auteurs de notre Constitution dans la force des idées et des mœurs politiques suscitées en France par les principes de 1789. Toutefois, il faut aussi convenir qu'en comptant ainsi sur les traditions et sur l'état d'esprit du peuple français et en s'abstenant de déterminer par des textes précis les droits réservés aux citoyens, ils ont continué, ici encore, à faire acte d'abandon plutôt que de pouvoir constituant. Nous avons déjà observé (p. 108) que la tradition, quelle que soit la force des obstacles qu'elle est capable d'opposer, en fait, aux Législatures, ne suffit point à lier juridiquement le législateur. Soutenir que les droits des Français puisent leur valeur présente dans les précédents coutumiers venus de la Déclaration originaire de 1789, c'est reconnaître que la Constitution de 1875 ne les a pas constitutionnellement garantis.

Mais ce n'est pas seulement sur la tradition que s'est reposée la Constitution de 1875 en cette matière. Son abstention a aussi pour cause le concept qui a été réintroduit par elle dans notre droit public touchant la qualité en laquelle le Parlement légifère : un concept d'où il résultait, en effet, que, dans la question des droits individuels, la Législature, parce qu'elle exprime la volonté générale, est aussi qualifiée qu'une Constituante pour poser des règles, qui, d'une façon comme de l'autre, sont envisagées comme des manifestations représentatives de cette volonté souveraine. En d'autres termes, la Constitution de 1875 s'en est remise au Parlement pour la réglementation des droits à réserver aux particuliers. En quoi elle n'a fait que suivre la méthode qui avait été employée, dès le début, par la Constitution de 1791.

Celle-ci, il est vrai, prescrivait, en son titre I^{er}, que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent

obstacle à l'exercice des droits naturels consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution ». Mais, d'une part, la Constitution de 1791 laissait sans sanction cette prohibition limitative imposée au Corps législatif; notamment, elle n'organisait aucun moyen juridique permettant aux intéressés de former un recours, pour cause d'inconstitutionnalité, contre les lois qui lésaient les droits qu'elle prétendait leur avoir « garantis ». Et, d'autre part, la suite de ce même titre I^{er} réservait au Corps législatif le pouvoir de déterminer par ses lois les restrictions que comportent, à l'encontre de l'exercice de la liberté individuelle, soit les exigences de « la sûreté publique », soit le respect dû aux « droits d'individu », soit enfin, et d'une façon générale, la nécessité de défendre l'ordre public « contre les actes qui seraient nuisibles à la société » : ce qui revenait à donner au législateur une faculté illimitée d'appréciation et de décision pour la réglementation des conditions d'exercice, de l'étendue et, finalement, de la consistance même des franchises reconnues aux citoyens.

Pas plus que la Constitution de 1791, nos Constitutions ultérieures n'ont précisé, d'une façon catégorique, à l'encontre du législateur, la portée effective des droits individuels des Français. Leurs dispositions à cet égard s'analysent, comme celles de la Déclaration de 1789, en des énonciations de principes plutôt qu'en des consécrationes expresses de droits, c'est-à-dire de pouvoirs juridiques individuels susceptibles d'être invoqués par les intéressés devant un juge et de faire l'objet d'une reconnaissance juridictionnelle qui en assure le respect. On a bien dit que les principes contenus implicitement dans les dispositions constitutionnelles qui dressaient la liste des droits des Français, ont eu pour le législateur la valeur de directives auxquelles il ne devait point contrevenir. Mais, faute d'avoir tracé nettement les contours des droits qu'elles se bornaient à énoncer, nos Constitutions ont, en réalité, laissé le législateur maître d'opérer, sous sa propre appréciation, la mise en œuvre de leurs principes relatifs aux libertés individuelles, de dégager par ses lois les conséquences qu'il convient d'en déduire, et, par suite, de régler de sa libre puissance les droits dont l'organe constituant n'avait fait qu'ébaucher la détermination. En sorte que juridiquement le rôle du juge, en ce qui concerne ces droits, a consisté à appliquer non plus les maximes principielles, abstraites et vagues, qu'avait énoncées la Constitution, mais seulement les textes législatifs qui sont venus donner à ces maximes une réalisation positive.

Tels étaient les précédents traditionnels, devant lesquels se sont trouvés placés les constituants de 1875. Or, du moment qu'il était devenu de tradition que le Corps législatif fixe par les lois le *quale* et le *quantum* des droits individuels à déduire des principes de 1789, on ne saurait s'étonner que les auteurs de la Constitution de 1875 se soient abstenus d'aborder à nouveau ce sujet. Les principes de 1789 étaient trop connus, trop incontestés, pour qu'il fût besoin de les rappeler; et quant à leur mise en œuvre, on était habitué à considérer que c'était là affaire de législation. Le rôle du Parlement en cette affaire ne pouvait s'amoindrir sous un régime où inévitablement la prépondérance parlementaire était appelée à grandir. Sur ce point, comme sur tant d'autres, la Constitution de 1875 s'en est remise, par son silence, à la puissance législative des Chambres.

15. — Depuis qu'une campagne, sourde ou avouée, s'est ouverte en France contre la toute puissance parlementaire, l'un des moyens employés pour restreindre cette haute puissance a consisté à revendiquer pour les particuliers le droit de se pourvoir, tout au moins par voie d'exception, contre les lois qui porteraient atteinte à l'un des droits individuels qui leur sont réservés par l'ordre constitutionnel en vigueur. La thèse qui a été soutenue en ce sens, se résume dans l'affirmation qu'il appartient à tout juge saisi d'un litige de s'assurer, avant d'appliquer le texte de loi qui solutionne l'espèce litigieuse, que la disposition contenue dans ce texte n'entre pas en contradiction avec une prescription constitutionnelle. Si le juge estime que le texte législatif applicable à l'espèce a violé la Constitution, il doit, a-t-on dit, refuser d'en faire application, attendu que, dans ce conflit entre deux lois douées de puissance inégale, il s'impose d'admettre que la loi du degré plus élevé, c'est-à-dire la loi constitutionnelle, doit prévaloir sur la loi ordinaire, qui est de qualité moindre. Cette doctrine implique que les tribunaux sont appelés par la nature même de leur fonction à appliquer aussi bien les lois constitutionnelles que la législation simple; elle implique même qu'il rentre dans leur office d'interpréter la Constitution, en vue de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever sur la portée de ses dispositions, notamment en tant qu'il s'agit d'apprécier si telle de ses dispositions interdisait ou non au législateur d'édicter la prescription dont l'espèce litigieuse actuelle appelait sans cela l'application immédiate. Ainsi se trouverait limitée

la puissance du législateur par la faculté qu'aurait le juge de mettre hors fonction les lois qui contreviennent à la Constitution, telle qu'elle est interprétée par l'autorité juridictionnelle elle-même.

On verra plus loin les objections capitales que suscitent les principes généraux du droit public français à l'encontre de la thèse qui prétend trouver dans la notion même de pouvoir juridictionnel la justification d'un droit et d'un devoir, pour le juge, de contrôler la constitutionnalité des prescriptions émises par les lois. Pour le moment, il suffit d'observer que, même si cette thèse était fondée en soi, elle demeurerait dénuée d'intérêt pratique, dans l'état actuel de la Constitution française, attendu que la Constitution de 1875, n'ayant pour contenu que des règles d'organisation des pouvoirs et étant totalement muette sur le statut juridique des particuliers, ne fournit pas à ceux-ci la matière de recours pour cause d'inconstitutionnalité contre les lois, ni davantage au juge l'occasion de relever des conflits entre les lois applicables à leurs différends d'ordre privé, ou à leurs litiges avec l'État, et les textes constitutionnels.

16. — Les auteurs qui s'efforcent d'introduire en France l'ins-titution du contrôle juridictionnel sur les lois, ont bien senti qu'en l'état de notre Constitution, leurs efforts étaient condamnés à demeurer dénués d'effet utile. Dans le but de remédier à l'indigence de la Constitution de 1875 en ce qui concerne le droit des particuliers et pour ouvrir à ceux-ci la possibilité, qui leur a totalement fait défaut jusqu'ici, de former contre les lois des recours fondés sur des griefs d'inconstitutionnalité, certains auteurs ont recouru à un moyen audacieux, qui consiste à soutenir que ce n'est pas seulement dans les textes constitutionnels que le juge doit puiser les éléments d'appréciation de la validité des lois. C'est ainsi que nous avons vu poindre récemment une doctrine suivant laquelle la puissance législative du Parlement serait juridiquement limitée, d'une part, par des principes qui, bien que non inscrits dans la Constitution, peuvent, a-t-on dit, et même doivent être regardés comme formant la base implicite de tout notre système de droit public et étatique, par exemple le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, celui de la hiérarchie des fonctionnaires, etc., et, d'autre part, par des principes d'un ordre plus élevé encore, qui sont ceux dont l'école des Doctrinaires disait, il y a un siècle, qu'ils

tirent leur supériorité transcendante de la plus haute de toutes les souverainetés, celle de la justice et de la raison, en sorte qu'ils dominent non seulement le législateur, mais la Constitution elle-même. Les défenseurs de ces idées ajoutent que c'est au juge qu'il appartient, à l'occasion et au cours des litiges dont il est saisi, de rechercher, de reconnaître et de formuler ces principes fondamentaux ou suprêmes, comme aussi de dénier la légitimité, et le droit à être appliquées, aux lois qui les auraient méconnus.

17. — En somme, cette thèse revient à dire que nos tribunaux sont appelés à faire par leurs jugements la Constitution qui nous manque présentement. Il suffit d'énoncer cette conclusion pour démontrer ce qu'ont d'inacceptable les idées d'où elle découle. Elle se heurte à la conception traditionnelle du pouvoir juridictionnel, telle qu'elle a été introduite par la Révolution et maintenue, depuis lors, dans notre droit public. De cette conception qui a engendré chez nous l'un de ces principes mêmes qui viennent d'être invoqués et caractérisés comme base du droit public français, il résulte que le juge, ayant pour premier et inéluctable devoir juridique d'appliquer les lois, ne saurait — comme le spécifie l'article 127 du Code pénal — pour des motifs pris en dehors de la législation elle-même, se refuser à tenir compte d'une loi qui a été régulièrement promulguée. Admettre que les tribunaux puissent mettre les lois hors d'application par cela seul qu'ils leur opposeraient des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation, ce serait, en réalité, leur conférer sur l'œuvre du législateur une faculté d'examen et de censure qui, finalement, ferait dépendre l'efficacité de toute cette œuvre de leur puissance discrétionnaire. Cette puissance deviendrait même illimitée : car il n'est guère de loi introduisant des innovations ou des réformes importantes qui, dans ces conditions, ne se prêterait à quelque contestation portant sur sa légitimité ; et le juge, pour peu qu'il soit hostile à une nouveauté législative, parviendrait trop souvent à faire valoir quelque raison d'ordre soi-disant supérieur qui lui fournirait le moyen de se soustraire à son application. Comment croire que l'autorité juridictionnelle possède, dans notre droit public, une telle puissance. la puissance de contrecarrer et de paralyser les décisions législatives des Chambres, alors que cette autorité n'est même pas nommée par les textes constitutionnels de 1875 ? Et, s'il ressort

ainsi manifestement de cette prétention du pouvoir judiciaire que la Constitution de 1875 a placé les juges dans la même position de subordination que les autorités administratives vis-à-vis du législateur, comment pourrait-on souscrire à la thèse des auteurs qui prétendent qu'il serait aujourd'hui au pouvoir de nos tribunaux de renverser tout notre ordre hiérarchique constitutionnel, remontant jusqu'aux origines révolutionnaires, par le seul moyen d'une évolution de jurisprudence, laquelle consisterait de leur part à affirmer leur droit de scruter la légitimité des lois en vue d'apprécier si, d'après leurs propres conceptions morales, sociales ou autres, elles méritent application, et qui leur permettrait ainsi de s'égaliser, de leur propre mouvement, au législateur?

DOCUMENT 3 : Conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie dans l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 6 novembre 1936, Arrighi, Rec. Dalloz, 1938, p. 33-37.

des charges financières de l'Etat et d'aider au rétablissement de l'équilibre budgétaire par leurs répercussions sur les dépenses de l'exercice 1934 ou des exercices suivants (1) (L. 28 févr. 1934, art. 36). — 2^e espèce.

Ainsi le gouvernement n'a pas excédé les pouvoirs exceptionnels qu'il tenait de la disposition législative susrappelée en modifiant, dans un intérêt d'économie la législation relative à la mise à la retraite des fonctionnaires (2) (Id.). — Id.

3^o Peuvent être admis à la retraite d'office, par application de l'art. 2 du décret du 10 mai 1934, les fonctionnaires ayant accompli plus de trente ans de services civils et militaires : si, en effet, il est nécessaire que les intéressés justifient d'un nombre d'années de service au moins égal au minimum exigé pour l'ouverture du droit à pension d'ancienneté, les services militaires accomplis dans les armées de terre et de mer concourent avec les services civils pour la détermination du droit à pension, aux termes de l'art. 12 de la loi du 14 avril 1924 (3) (L. 14 avril 1924, art. 12; Décr., 10 mai 1924, art. 2). — 2^e espèce.

M. le commissaire du gouvernement Latournerie a présenté sur les deux affaires ci-après, les conclusions suivantes :

§ 1^{er}.

« Aux termes de l'art. 2, § 3, du décret-loi du 4 avril 1934, modifié par le décret du 10 mai 1934, « pourront... être mis à la retraite d'office, avec droit à pension d'ancienneté, les fonctionnaires justifiant d'un nombre d'années de services au moins égal au minimum exigé et qui seront, du fait de leur admission à la retraite d'office, dispensés de la condition d'âge ». C'est par application de ce texte que, par décision ministérielle du 26 juin 1934, contre laquelle a été formée la requête du sieur Arrighi, celui-ci, alors agent militaire, a été admis d'office à la retraite à partir du 30 juin 1934.

A

« I. — Il est constant que, si, dans le cas des militaires qui, après avoir obtenu une pension proportionnelle ont — comme c'est le cas du requérant — fini leur carrière dans un emploi civil, on tient compte, pour l'application du texte précité, des services militaires, non moins que des services civils, le sieur Arrighi était sujet à la mise à la retraite d'office. Car il comptait, au 30 juin 1934, plus de trente années de service, condition suffisante pour que le ministre pût le rayer des cadres de l'activité. Mais la thèse du requérant est précisément de soutenir que les services militaires rémunérés par la pension proportionnelle ne doivent pas, à cet égard, entrer en compte.

« II. — Ce moyen ne saurait être admis.

« Il résulte en effet, des prescriptions combinées des art. 12

et 13 de la loi du 14 avril 1924, vous l'avez jugé par l'arrêt Le Layec, du 9 févr. 1933 (Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 176) — que, si les services déjà rémunérés ne comptent pas pour la liquidation, il en va autrement pour la détermination du droit à pension.

B

« I. — Le sieur Arrighi ne se borne d'ailleurs pas à soutenir, à tort, que la décision contestée a fait une fausse application des prescriptions de l'art. 2 des décrets de 1934. Il prétend, en outre, que ces décrets eux-mêmes ont fait une fausse application des prescriptions de l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en exécution duquel ils ont été pris. Cet article n'autoriserait, en effet, que des réformes spéciales à l'exercice 1934 et non des réformes à effet durable, du type de celle qu'ont opérée les décrets en question.

« II. — Mais ce moyen n'a pas plus de fondement que le précédent. Cette interprétation de l'art. 36 de la loi de 1934 a été en effet condamnée par des arrêts récents.

C

« I. — Remontant d'un degré encore dans ses critiques de légalité — et c'est ici que la requête soulève une question dont l'importance n'est pas minime — le sieur Arrighi soutient en effet que ces prescriptions de l'art. 36 sont elles-mêmes entachées d'illégalité, qu'elles sont inconstitutionnelles. Investi par l'art. 4^{er} de la loi constitutionnelle du 23 févr. 1875, du pouvoir législatif, le Parlement ne pouvait, en effet, dit-il, s'en dessaisir valablement au profit de l'autorité exécutive.

« C'est la thèse même que, par la requête 46.603, soutient, de son côté, la dame Coudert, ancienne institutrice, admise elle aussi à la retraite d'office par application du décret-loi du 4 avril 1934 et des textes modificatifs.

« Le juge de l'excès de pouvoir a-t-il compétence pour vérifier si une loi est constitutionnelle et, dans le cas où cette question devrait se résoudre par l'affirmative, pour dénier toute force exécutoire aux lois qui se présentent ce caractère ?

§ 2.

« Il ne saurait être sérieusement soutenu en France, qu'à supposer qu'il existe un contentieux de la validité de la loi — il serait paradoxal de dire de l'illégalité de la loi — il puisse se présenter sous la forme d'un contentieux de l'annulation ou, même, d'un contentieux de l'indemnité.

« Mais il en est autrement en ce qui concerne le contentieux de l'exception de validité.

« Cette question est d'ailleurs, dans ces dernières années, sortie au domaine des questions d'école. Agitée déjà devant les tribu-