

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

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

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

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

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

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

(25) Voir notre article *Constitution*, dans le tome 1^{er} du *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 1983.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. — MALAISE DANS LA CONSTITUTIONNALITÉ

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

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

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

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

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

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

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

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

(40) LACHARRIÈRE, Opinion dissidente, précitée, p. 157 et s.

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

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

2. — Les *antinomies constitutionnelles*.

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

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

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

est question que de « bornes (...) déterminées (...) par la loi », de répression du trouble à « l'ordre public établi par la loi », de sanction de « l'abus de (...) liberté dans les cas déterminés par la loi » ; et l'on voit un « droit inviolable et sacré » céder devant « la nécessité publique légalement constatée »... L'article 5 est une vraie charte du positivisme : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

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

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

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

(42) Le juge est très habitué à se mouvoir dans un univers de normes de valeurs différentes ; c'est le cas des normes « jurisprudentielles » elles-mêmes, qui ne sont pas toutes de valeur identique en dépit d'une idée répandue ; voir RIALS, *Le juge administratif français...*, op. cit., p. 213 et s.

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

3. — Vers une hiérarchisation des normes formellement constitutionnelles ?

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

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

(44) FAVOREU, Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, cette *Revue*, 1982, respectivement p. 402 et 417 ; voir aussi les pénétrantes réflexions historiques de M. J.-L. MESTRE, Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, *Dalloz*, 1984, chroniques, p. 1 et s.

(45) Rappelons ces textes ; article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; alinéa 9 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a acquis les caractères d'un service public national ou d'un monopole le fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Stéphane RIALS,

Professeur à la Faculté de Caen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En revanche, dans sa première partie, il renferme un principe, celui de la «nécessité des peines» dont *a priori* on peut penser non seulement qu'il n'est pas d'application directe mais encore que son imprécision lui interdit d'accéder au rang de règle de droit. Et, de fait, le Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la loi dite «sécurité et libertés» des 19 et 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC), semblait en remettre l'application à l'appréciation discrétionnaire du législateur. Et pourtant, dans la même décision, le Conseil constitutionnel en faisait une application inattendue en interdisant au législateur d'enfreindre la règle de la *lex mitior*, pourtant non explicitée dans la Déclaration mais découlant, selon lui, de ce que le législateur, lorsque, pour une infraction donnée, il édicte une peine plus douce, reconnaît par là même que la peine ancienne plus sévère a cessé d'être «strictement et évidemment nécessaire». Bien plus, usant de la prudente réserve de l'«erreur manifeste» qu'il avait sagement insérée en 1981 dans la partie de la décision reconnaissant au législateur un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur la sévérité de la peine, il devait, sept ans plus tard (30 déc. 1987, n° 87-237 DC, Loi de finances pour 1988), censurer une disposition législative établissant une sanction «manifestement disproportionnée».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Cour de cassation fut saisie, le 29 juin 2001, du pourvoi formé par M. Breisacher contre l'arrêt du même jour rendu par la troisième Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris qui confirmait l'ordonnance des juges d'instruction dans l'affaire dite de la SEMPAP (Société d'économie mixte parisienne de prestations). Ces décisions avaient été rendues dans le cadre d'une information contre X concernant plusieurs irrégularités graves, constatées par le rapport remis par la Chambre régionale des comptes de l'Ile de France au procureur de la République, et commises dans la passation de certains marchés publics de la société, dont la ville de Paris, entre autres, était actionnaire.

Un contribuable parisien, autorisé par décision du tribunal administratif conformément à l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales, s'était constitué partie civile dans cette affaire. C'est à ce titre qu'il avait saisi en novembre 2000 les juges d'instruction d'une requête demandant qu'il soit procédé à l'audition du chef de l'Etat. Par l'ordonnance rendue le 14 décembre 2000, les deux juges d'instruction se déclarèrent incompétents pour convoquer le Président de la République en tant que témoin. Cette incompétence était fondée sur la circonstance que la requête mettait en vérité directement en cause la responsabilité du chef de l'Etat dans l'affaire et qu'en conséquence, conformément à l'interprétation qu'en avait donné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1999 (1), l'article 68 de la Constitution s'opposait à une telle mise en cause.

La partie civile, tirant plus clairement les conséquences de l'implication qu'elle supposait du chef de l'Etat dans les opérations qui faisaient l'objet de l'instruction, demandait, dans son mémoire d'appel contre l'ordonnance du 14 décembre, la mise en examen de M. Chirac. La position adoptée par les juges d'instruction serait contraire au principe d'égalité des citoyens devant la justice et serait entachée d'une erreur de droit quant à la force obligatoire d'un motif contenu dans une décision du Conseil constitutionnel, qui n'était qu'un *obiter dictum* privé d'autorité. L'arrêt de la Chambre de l'instruction du 29 juin 2001, confirme l'ordonnance. Selon l'arrêt, tant l'article 68 que l'interprétation qu'en avait donné le Conseil constitutionnel interdisent que l'action publique puisse être mise en mouvement à l'encontre du Président de la République pendant la durée de son mandat.

Le pourvoi en cassation arguait, d'une part, que l'autorité de la chose jugée par le juge constitutionnel ne peut être opposée dans une affaire qui ne concerne aucunement le texte sur lequel s'est prononcé le Conseil constitutionnel et, d'autre part, que le principe d'égalité devant la loi impose une interprétation stricte de tout privilège ou immunité, ce qui devrait conduire à admettre, s'agissant de l'interprétation de l'article 68 de la Constitution, la soumission du Président de la République au droit pénal et à la procédure pénale communs pour les actes accomplis en dehors de ses fonctions.

Ce pourvoi est recevable. Sur ce point, la solution est implicite mais certaine. La partie civile n'avait sollicité et, donc, obtenu aucune autorisation nouvelle du tribunal administratif, ni pour former appel, ni pour se pourvoir en cassation. L'article L. 2132-7 du code général des collectivités territoriales dispose toutefois que, lorsqu'un jugement est intervenu, le contribuable ne peut se pourvoir en appel ou en cassation qu'en vertu d'une nouvelle autorisation. Le mot « jugement » doit s'entendre d'une décision sur le fond et non de celles qui, présentant le caractère de décisions préparatoires, ne mettent pas un terme à la procédure (2).

Cette question réglée, la Cour se trouvait directement confrontée à plusieurs difficultés considérables d'interprétation de deux textes constitutionnels, ceux des articles 62 alinéa 2 et 68. Dans ses conclusions, le Premier avocat général de Gouttes relevait, à propos de l'article 68, son « insoutenable légèreté ». Mais cela vaut bien aussi s'agissant de l'article 62 et de nombre de dispositions constitutionnelles, souvent lapidaires et vagues. Le représentant du ministère public soulignait également à juste titre que la décision à prendre se situait au croisement de deux logiques aux principes sinon contradictoires, du moins divergents : « la logique pénale », soucieuse d'égalité, de la répression des infractions et de la protection des victimes, et « la logique constitutionnelle », où prévalent la continuité de l'Etat, la séparation des pouvoirs, l'éminence de la fonction présidentielle, le respect du suffrage universel.

Problèmes considérables, donc, qui exigeaient de la Cour de cassation qu'elle s'y confronte pleinement sans chercher à les éviter ni à diminuer la portée des positions qu'elle serait amenée à prendre. Un certain nombre d'affaires pendantes et similaires imposaient effectivement une directive d'action suffisamment claire, adressée par la Cour aux magistrats saisis. Le rapporteur l'invitait instamment à se considérer « saisie de l'ensemble du problème de la responsabilité pénale du Président de la République et de son audition par les magistrats, en quelque qualité que ce soit ». Mais si la Cour devait ainsi préciser la situation du Président de la République face au droit pénal et à la procédure pénale, il lui fallait, à titre préalable, répondre à la question de l'autorité éventuelle du considérant 16 de la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 et, ce faisant, déterminer la nature, l'étendue et la portée de l'autorité que, selon sa lecture, la Constitution attache aux décisions du juge constitutionnel.

La Cour de cassation et l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel

L'arrêt du 10 octobre 2001 clarifie l'attitude de la Cour de cassation à l'égard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il ne la modifie pas. Il l'explique et précise désormais une position qui faisait, depuis peu, l'objet d'un débat relativement cacophonique. Cette clarification, qui repose sur l'interprétation de la portée de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, n'a elle-même d'autre valeur que celle d'une doctrine, d'une jurisprudence de la Cour. Elle pourrait être révoquée à l'occasion d'un éventuel revirement de jurisprudence qui n'est pas prohibé. Si, donc, cette clarification est un moment important du débat que l'on a évoqué, elle ne saurait le clore.

Si la Cour n'évoque pas expressément l'autorité « de chose jugée » qui s'attacherait aux décisions du Conseil, c'est bien toutefois à cette autorité que le Conseil constitutionnel qualifie expressément d' « autorité de chose jugée » (3) qu'elle renvoie. C'est pourquoi, comme le fait le Conseil, nous utiliserons cette expression pour la désigner. Il convient donc de l'examiner dans un premier temps.

De plus, et quelle que soit l'influence qu'a pu exercer le motif de la décision du 22 janvier 1999 sur l'interprétation faite par la Cour de cassation de l'article 68 de la Constitution, celle-ci n'a pas évoqué cette « autorité persuasive » que lui demandait de reconnaître le premier avocat général dans ses conclusions. Ce dernier ne fut donc pas lui-même suffisamment persuasif et le silence gardé par la Cour sur ce point peut s'interpréter en ce sens que les décisions du Conseil constitutionnel, selon elle, ne développent, à son égard, comme à celui des pouvoirs publics et des autorités administratives et juridictionnelles dans leur ensemble, aucune autre autorité que celle qu'elle s'attache à localiser et à délimiter. Ce refus apparaît justifié.

Sur l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel

L'autorité de chose jugée n'est pas « moindre » ou « plus faible » que l'autorité qui s'attache, par exemple, à la loi. Elle est simplement autre. Par ses effets, elle peut paraître plus radicale que l'autorité de « chose législée » : la chose jugée devient irrévocable avec l'épuisement des voies de recours, quand la loi est toujours abrogeable et modifiable par l'organe compétent. Cette distinction dans les effets correspond à une distinction dans les fonctions : le juge vide une querelle ou un débat, dit, sur le point qui lui est soumis, un droit défini et, une fois les voies de recours épuisées, il faut que cette *juris-dictio* soit définitive ; le législateur, pour sa part, exprime, traduit en un texte, à un moment donné, la volonté générale, dit une volonté politique toujours susceptible de changement. Justice et législation sont ainsi instituées, par le système juridique français, comme des fonctions essentiellement distinctes. Mais ce lien intime entre l'autorité particulière de la décision et la fonction juridictionnelle explique aussi l'étendue et la portée qu'on attribue à l'autorité de chose jugée. Elle donne à la position adoptée par la Cour de cassation sa meilleure justification.

L'étendue de l'autorité de chose jugée

On appelle étendue de l'autorité d'un acte, la détermination des éléments qui, dans cet acte, sont revêtus de cette autorité (4). Il n'y a pas de différence véritablement significative entre l'interprétation par le Conseil constitutionnel et l'interprétation par la Cour de cassation de cette étendue, s'agissant de l'autorité des décisions du juge constitutionnel.

« L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire ». Cette détermination, par la Cour de cassation, de l'étendue de cette autorité rappelle les formules employées par le Conseil constitutionnel lui-même (5). Ce dernier ajoute simplement que les motifs concernés sont ceux qui, non seulement, forment le soutien nécessaire du dispositif, mais aussi « en constituent le fondement même » (6). Sans doute ne faut-il pas accorder à cette précision supplémentaire un sens qui permettrait de distinguer nettement la position du Conseil de celle de la Cour. Tout au plus doit-on souligner que le juge constitutionnel insiste particulièrement sur ce lien de justification qui doit attacher les motifs au dispositif et invite ainsi à une analyse stricte du rapport de justification qui doit exister entre un *dictum* et le contenu même de la décision qui transparait un peu moins nettement dans la formulation retenue par la Cour de cassation.

Celle-ci n'a pas eu à trancher la question, qui avait tant fait couler d'encre, de savoir si le passage relatif à la protection constitutionnelle du Président de la République pour les actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions n'avait d'autre statut, dans le corps de la motivation de la décision du Conseil du 22 janvier 1999, que celui d'un *obiter dictum*. Le rapporteur comme le Premier avocat général soulignèrent cependant devant la Cour, non sans raisons, que le Conseil constitutionnel devait nécessairement se pencher sur le problème des poursuites éventuelles dirigées contre un chef de l'Etat en exercice à raison de crimes éventuels commis en dehors de ses fonctions et susceptibles de relever de la compétence de la Cour pénale internationale (7). Mais si ces considérations peuvent suffire à estimer remplie la condition de nécessité du motif à laquelle se borne la Cour pour lui étendre l'autorité de chose jugée, on pourrait se demander encore si cette seule nécessité de se pencher sur une question suffit à remplir l'autre condition imposée par le Conseil lui-même : nécessaire, le motif en question constituait-il « le fondement même » de la décision du 22 janvier ? La Cour n'a pas tranché sur ce point : la force obligatoire de ce motif a été écartée non pour des raisons liées à l'étendue de l'autorité de la chose jugée par le Conseil (8), mais du point de vue de la portée de cette autorité.

Par ailleurs, la Cour n'invoque pas expressément l'article 62 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel, en revanche, dans les passages auxquels il a été renvoyé (9), relie manifestement l'autorité de ses décisions, telle qu'il l'interprète, à la disposition pertinente de l'article 62. Il n'évoque aucun autre fondement susceptible de conférer une autre autorité à ses décisions et il ne tire de l'article 62 aucune autre autorité que celle qu'il qualifie d'autorité de chose jugée. Cette dernière définit donc, dans la jurisprudence du Conseil, toute l'autorité de ses décisions, du moins de ses décisions juridictionnelles (10).

L'absence de référence explicite à l'article 62 par la Cour de cassation, de même que l'omission de la précision supplémentaire évoquée plus haut, ne permet toutefois pas d'établir une divergence réelle et certaine de doctrine entre les deux juridictions sur ces questions. Tout au plus pourrait-on remarquer que la position adoptée par le Conseil constitutionnel lui-même apparaît en vérité la plus rigoureuse et la plus stricte, voire la plus restrictive quant à l'étendue de l'autorité de chose jugée attachée à ses propres décisions.

La portée de l'autorité de chose jugée

L'autorité de la chose jugée est limitée dans ses effets en fonction des conditions qui doivent être remplies pour qu'elle puisse être utilement invoquée : dans le cas habituel, la portée de cette autorité est déterminée par la triple identité d'objet, de cause et de personnes.

On n'insistera pas ici sur le caractère « absolu » de l'autorité de chose jugée qui doit s'attacher aux décisions du Conseil. La lettre même de l'article 62 impose cette autorité « absolue », outre la circonstance qu'il n'y a pas de « parties » au procès constitutionnel français. Mais ce caractère d'autorité « absolue » de chose jugée n'a d'autre effet que de lever la seule condition d'identité de parties (11). Il laisse intacte l'exigence relative aux deux autres conditions.

En estimant que « ces décisions (du Conseil constitutionnel) ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil », la Cour de cassation a précisé cette portée qui est limitée par la condition d'identité d'objet. Ce passage énonce une doctrine

générale de la Cour mais ne peut viser que les décisions rendues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des articles 54 et 61 de la Constitution ainsi que dans l'exercice des compétences que le Conseil tire des articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution (12), c'est-à-dire dans tous les cas où le juge constitutionnel est saisi de « textes » (13).

A l'évidence, le texte de la Convention examinée par le Conseil en 1999 n'était pas en cause dans l'affaire de la SEMPAP : « Il appartient, dès lors, aux juridictions de l'ordre judiciaire de déterminer si le Président de la République peut être entendu en qualité de témoin ou être poursuivi devant elles pour y répondre de toute autre infraction (14) en dehors de l'exercice de ses fonctions ». De cette manière, est nettement condamnée la doctrine soutenue par les juges du fond, dans l'affaire de la SEMPAP comme dans d'autres affaires, qui s'estimaient liés par l'interprétation du juge constitutionnel (15).

La position ainsi adoptée par la Cour de cassation rejoint en vérité celle qu'exprimaient traditionnellement les auteurs : « L'autorité de la chose jugée est relative quant au texte contrôlé, mais absolue dans ses effets (16). » Elle fut nettement défendue par le procureur général Touffait à l'occasion de l'arrêt *Schiavon* (17) ou encore par le commissaire du gouvernement Frydman en 1994 (18). La Cour de cassation elle-même avait déjà, en d'autres termes, affirmé le principe d'une stricte interprétation de la portée de l'autorité de chose jugée par le Conseil (19). La solution adoptée le 10 octobre par la Cour de cassation est donc tout sauf novatrice ou révolutionnaire (20).

Cette définition de la portée de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel ne se retrouve cependant pas telle quelle dans la jurisprudence de ce dernier. La décision du 20 juillet 1988 (21) affirme en effet que cette autorité « est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise ». La décision du 8 juillet 1989 précise que l'identité d'objet s'analyse d'un point de vue substantiel et non pas formel : une disposition nouvelle peut reprendre la substance d'une disposition antérieurement censurée sans en adopter la lettre ; cette disposition nouvelle peut se voir opposer l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Cette doctrine du Conseil ne concerne que le contrôle des lois. Elle ne pouvait donc être purement et simplement reprise par la Cour dans l'affaire qui lui était soumise, puisqu'il s'agissait en l'occurrence d'évaluer l'autorité d'une décision rendue sur un engagement international. On peut cependant évoquer un certain nombre des problèmes qu'elle soulève.

Prise au pied de la lettre, la doctrine énoncée en 1988 par le juge constitutionnel ne dit rien de l'autorité qu'il convient d'attacher à la déclaration de conformité d'une disposition législative (22). Ce silence ne semblait pas devoir s'interpréter nécessairement comme signifiant qu'une déclaration de conformité serait privée d'autorité (23). Pourtant, l'assertion du Conseil, en 1988, selon laquelle « l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise », une déclaration contenue dans l'article 1 du dispositif, cette assertion peut difficilement s'entendre comme conférant autorité à la déclaration de conformité contenue dans l'article 2 du dispositif de la décision de 1982.

Traditionnellement, le Conseil ne procède pas à un nouvel examen de dispositions identiques à celles qui étaient contenues dans un texte antérieur contrôlé et déclarées conformes à la Constitution (24). Mais l'on sait aujourd'hui qu'il ne s'est pas cru tenu par l'autorité d'une de ses décisions lorsqu'il a déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition d'une loi organique qui étendait le champ d'application d'une disposition promulguée et dont il constate, en 1999 (25), l'inconstitutionnalité alors même qu'il en avait formellement déclaré la conformité à la Constitution en 1985 (26). Cette position, cependant, s'expliquait-elle par l'absence d'autorité de la déclaration de conformité, ou par une théorie particulière, celle du changement de circonstances ?.

Au début de la décision de 1999 (27), le Conseil constitutionnel estime devoir procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique dont il avait été saisi, même si certaines reprenaient le contenu de dispositions antérieures déclarées conformes à la Constitution, à raison du changement des circonstances de droit introduit par la révision constitutionnelle relative à la Nouvelle-Calédonie (28). Quel changement de circonstances pouvait toutefois justifier, dans cette décision, la remise en cause de la chose jugée en 1985 relativement au caractère automatique de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective attachée au jugement prononçant la faillite

personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise ? Il s'agit, en 1999 comme en 1985, de l'application du même principe, inchangé, de nécessité des peines posé à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Le « Bilan pour 1999 » (29) invoque « l'évolution du droit constitutionnel et conventionnel au cours des quatorze années écoulées ». Cela reste vague, n'engage pas le Conseil lui-même et n'est nullement dans la motivation de la décision. Le même Bilan ajoute : « Le Conseil constitutionnel a implicitement mais nécessairement jugé que l'autorité qui s'attache à ses décisions en vertu de l'article 62 de la Constitution ne lui est pas opposable de la même manière qu'aux pouvoirs publics, aux administrations et aux juridictions ordinaires. Il reste maître de sa jurisprudence et sa lecture de la Constitution doit pouvoir évoluer au fil du temps ». Il n'est pas fait de distinction, du point de vue de cette autorité, entre décision de conformité et décision d'inconstitutionnalité. De plus, l'inopposabilité au Conseil de ses propres décisions est affirmée catégoriquement et non pas sous la condition d'existence d'un changement de circonstances susceptible de modifier la cause de la demande ancienne, auquel cas la discussion se ramènerait à la question de l'identité de cause qui conditionne l'autorité de chose jugée. Trois questions se posent : De *quelle manière* cette autorité est-elle donc opposable au Conseil constitutionnel ? Cette autorité, si elle devait être ainsi entendue, est-elle encore une autorité *de chose jugée*, normalement irrévocable, même par la juridiction qui a rendu la décision (30), et dans ce cas faut-il voir encore, dans le Conseil constitutionnel, une « autorité juridictionnelle » ? Est-ce bien sa « jurisprudence » ou sa « lecture » de la Constitution qui est concernée, quand il s'agit de la remise en cause d'une *décision* (31) ? En vérité, une grande incertitude et une confusion certaine règnent encore sur la doctrine du Conseil constitutionnel quant à l'autorité de ses décisions.

Et l'on doit, en conséquence, admettre qu'il existe toujours des difficultés liées à la reconnaissance de l'autorité des déclarations de conformité sous réserve. Ces réserves d'interprétation constituent certainement un motif nécessaire au soutien du dispositif, c'est-à-dire de la déclaration de conformité. Mais encore faut-il, pour pouvoir étendre l'autorité depuis la conformité de la disposition jusqu'à la réserve d'interprétation, que, d'une part, une autorité s'attache certainement à la déclaration de conformité et que, d'autre part, cette déclaration, sinon les réserves elles-mêmes, soit formellement incorporée au dispositif.

La doctrine exprimée par la Cour dans l'arrêt commenté est en vérité plus propice que les formules utilisées par le Conseil constitutionnel à la reconnaissance du caractère obligatoire que devraient avoir, à l'égard du juge judiciaire, les réserves d'interprétation (32). Appliquant un texte flanqué de telles réserves, le juge judiciaire devrait se soumettre à la décision « concernant » ce texte comme aux réserves qui ont été le soutien nécessaire de la déclaration de conformité. Le juge judiciaire ne déclare pas limiter la portée de l'autorité de la chose jugée à la seule déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte. L'arrêt du 10 octobre pourrait être ainsi entendu comme légitimant cette soumission des juridictions ordinaires aux réserves d'interprétations du Conseil constitutionnel (33), ainsi d'ailleurs qu'aux qualifications des notions ou institutions légales auxquelles le Conseil procède à l'occasion du contrôle d'un texte qui lui a été soumis, dès lors que ces qualifications sont nécessaires à la solution adoptée (34).

Mais il faut cependant évoquer la question de savoir si un changement de fait ou de droit pourrait être susceptible de modifier l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel et sous la réserve de laquelle une disposition contrôlée aurait été déclarée conforme à la Constitution. Notamment, si une loi de révision constitutionnelle peut avoir « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel » dans des décisions antérieures et empêcher les requérants, à l'occasion d'une saisine dirigée contre de nouvelles dispositions, de se prévaloir utilement de l'autorité de chose jugée (35), il faut admettre, le cas échéant, qu'une révision constitutionnelle puisse être susceptible de supprimer, à l'égard des juges ordinaires, l'autorité qui aurait pu s'attacher à une ancienne réserve d'interprétation. Le Conseil d'Etat a reconnu la compétence du juge administratif à procéder par lui-même à l'interprétation conforme à la Constitution d'engagements internationaux (36). On devrait étendre cette solution à l'interprétation conforme à la Constitution des lois (37). Sur ces bases, il apparaît logique d'admettre, en cas de changement de circonstances, que le juge ordinaire doive substituer une nouvelle interprétation conforme à la Constitution d'un texte à l'interprétation ancienne, fût-elle donnée par le juge constitutionnel.

En limitant formellement, en 1988, l'autorité de la chose jugée à la *déclaration* d'inconstitutionnalité d'une

disposition *qui lui était soumise*, le Conseil constitutionnel suscite une autre difficulté. Que faut-il conclure s'agissant du simple *constat* de l'inconstitutionnalité d'une disposition déjà promulguée (38), qui donc *ne lui est pas soumise*, qu'il peut être amené à établir à l'occasion de l'examen d'un texte qui lui est déféré ? Si du point de vue de l'étendue de la chose jugée, l'inconstitutionnalité de la disposition promulguée est, par définition, le fondement même de l'inconstitutionnalité de la disposition nouvelle qui la modifie, la complète ou en étend le champ d'application (39), faut-il malgré tout refuser à ce constat l'autorité de chose jugée au motif que la portée de celle-ci est « limitée » à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi déférée ? On sait que depuis la décision de 1999 évoquée plus haut, la question se pose (40).

La doctrine formulée par la Cour de cassation le 10 octobre n'y apporte aucune réponse certaine. Mais le problème se situe précisément sur ce terrain de l'autorité des décisions du Conseil, car si cette autorité devait jouer, lors de l'application de la loi promulguée dont l'inconstitutionnalité aurait été constatée par le juge constitutionnel, le juge ordinaire, pour en refuser l'application, n'aurait pas à méconnaître sa propre incompétence à contrôler la constitutionnalité de la loi : il se bornerait à tirer les conséquences du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel (41). Cependant, du point de vue de l'autorité, précisément, le texte inconstitutionnel applicable n'aurait pas été « soumis » au Conseil, et l'on pourrait ainsi estimer qu'en écartant l'application dépasserait l'autorité d'une décision, circonscrite, dans sa portée, au texte « soumis » au juge constitutionnel (42).

Le même genre de difficultés se poserait si le juge ordinaire avait à décider sur le fondement d'une loi, non soumise au Conseil, et qui serait rédigée en des termes identiques ou même seulement substantiellement analogues à ceux d'une autre loi déclarée inconstitutionnelle. Il faudrait alors déterminer le sens du mot « texte » tel que l'emploie la Cour dans l'arrêt du 10 octobre : s'agit-il seulement du texte formellement déféré au Conseil, ou du *contenu* de ce texte susceptible d'être reproduit dans un autre texte, formellement différent, mais substantiellement identique ou analogue (43) ?

Quoi qu'il en soit, deux conclusions s'imposent : il n'apparaît pas possible d'établir de contrariété certaine entre les deux jurisprudences après l'arrêt du 10 octobre ; les doctrines des deux juridictions, telles qu'elles sont formellement explicitées dans les motifs de leurs décisions, ne déterminent pas, avec certitude, les conséquences qu'il faudrait en tirer dans certaines hypothèses éventuelles ou déjà actuelles.

Sur le bien-fondé de la doctrine de la Cour de cassation

Malgré les incertitudes qui viennent d'être relevées, la position de la Cour de cassation apparaît justifiée au regard de la mission attribuée au Conseil constitutionnel. En limitant la portée de l'autorité de la chose jugée au texte soumis au Conseil constitutionnel, la Cour traduit en termes d'autorité la fonction constitutionnellement dévolue au Conseil.

Il est en effet juridiquement correct de déterminer l'objet de la chose jugée au regard de cette fonction. Le texte de la Constitution confie une compétence précise et limitée au Conseil constitutionnel. Celle-ci est « strictement délimitée par la Constitution » (44). Dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par les articles 54 et 61 de la Constitution, le juge constitutionnel est saisi de textes et doit se prononcer sur leur conformité à la Constitution. La chose demandée est donc de savoir si un texte est ou non incompatible avec la Constitution. Elle n'est pas, *stricto sensu*, de savoir quel doit être le sens qu'il convient d'accorder à telle ou telle disposition constitutionnelle. Aucune disposition de la Constitution n'attribue au Conseil constitutionnel une mission particulière et exclusive d'interprétation de la Constitution (45). Ce n'est pas la compétence que lui attribuent les textes constitutionnels évoqués (46). L'autorité de la décision juridictionnelle rendue, si l'on veut continuer à la qualifier de « juridictionnelle », est ainsi limitée par cet objet de la demande. Toute la logique de la justification de la doctrine de la Cour de cassation tient dans cette reconnaissance, implicite mais nette, de la fonction juridictionnelle du Conseil et de l'application, par voie de conséquence, aux actes du Conseil des éléments constitutifs de cette fonction au cas particulier d'un juge statuant sur des textes de nature particulière (engagements internationaux, lois organiques ou ordinaires, règlement des assemblées parlementaires) et sur un point de droit particulier (la question de constitutionnalité). On doit ainsi reconnaître à la position adoptée par la Cour une certaine cohérence.

C'est cette cohérence qui explique son refus d'admettre qu'une quelconque autre autorité puisse s'attacher aux motifs de la décision du 22 janvier 1999.

Sur l'absence d'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel

La fonction ou la position particulière du Conseil constitutionnel au sein du système institutionnel justifieraient-elles qu'une autorité spécifique soit attachée à la doctrine, la simple jurisprudence du Conseil ? La Cour de cassation rejette nettement une telle autorité, à laquelle d'ailleurs le Conseil constitutionnel lui-même et en tant que tel (47) n'a jamais prétendu (48). Il s'agirait d'une autorité essentiellement distincte de celle qui s'attache à la chose jugée. Autorité persuasive ou « de fait », elle est introuvable. Autorité « juridique », elle est difficilement justifiable. C'est qu'il serait préférable de ne point confondre la question de l'autorité d'un texte et celle de sa normativité.

L'autorité de chose interprétée ne serait pas le prolongement de l'autorité de chose jugée, mais une autorité essentiellement différente

Affirmer l'autorité de la simple jurisprudence, de la doctrine du Conseil constitutionnel (ou de tout autre juge), c'est en affirmer le caractère obligatoire au-delà des limites que posent les conditions de l'autorité (relative ou absolue) de la chose jugée. La prétention ainsi émise au profit de la jurisprudence constitutionnelle, doit donc être nettement distinguée de la question de l'éventuelle autorité qui s'attache aux réserves d'interprétation (49).

L'autorité des réserves d'interprétation, comme on l'a vu, se rattache à la question de l'autorité de chose jugée *stricto sensu*. Mais, de cet effet qu'il conviendrait d'attacher aux réserves d'interprétation, on ne peut tirer argument pour conclure à une autorité plus générale, déliée des conditions qui s'imposent à l'autorité de chose jugée, et qui devrait être attribuée aux doctrines contenues dans la motivation des décisions du juge constitutionnel. Parce que cette autorité ne serait plus à rattacher aux conditions de l'autorité, même « absolue », de la chose jugée, on doit tenir qu'il s'agirait d'une autorité essentiellement différente de cette dernière.

Cette autorité serait également différente de l'autorité de chose jugée en ce sens que ses effets en seraient tout aussi essentiellement distincts. La chose jugée, une fois épuisées les voies de recours, si elles existent, devient irrévocable. Or, l'effet obligatoire que l'on attribuerait à l'autorité de chose interprétée n'irait bien sûr pas si loin : « On ne saurait conférer pareille irréversibilité à une norme telle que la chose interprétée qui est supposée législative ou constitutionnelle. De même que la norme législative ou constitutionnelle est susceptible d'abrogation ou de révision, la norme jurisprudentielle - supposée législative ou constitutionnelle - est susceptible de revirement, d'infléchissement ou même d'un désaveu de la part du constituant ou du législateur (50). »

L'introuvable autorité persuasive de chose interprétée

Se pose alors la question de savoir comment l'on pourrait justifier, sur un fondement propre, une telle autorité. La question se pose du moins si l'on considère que cette autorité est une qualité juridique attachée à ces interprétations. Or, l'on affirme que la différence, apparemment « ontologique » (51), entre autorité de chose jugée et autorité de chose interprétée serait précisément que la seconde, mais non la première, « ne peut être que factuelle » (52). C'est une autorité seulement « persuasive » que le Premier avocat général, dans ses conclusions sur l'arrêt du 10 octobre, proposait à la Cour de cassation de reconnaître. On invoque une autorité purement « morale », une autorité qui vaut « en fait sinon en droit » (53). Mais, dans ces conditions, il est heureux que la Cour de cassation, qui statue comme l'on dit « en droit », n'ait pas procédé à une reconnaissance officielle de ce « fait » autoritaire.

Le mot « autorité », auquel l'usage donne une signification juridique, pour ne désigner en vérité qu'une « influence » (54), introduit une ambiguïté qu'il serait préférable d'éviter. On a du mal à saisir quelle devrait être la conséquence juridique que la Cour de cassation et, plus généralement, le juge ordinaire, devrait tirer de cette « persuasion » qui trouverait à se loger dans cet indistinct entre-deux qui sépare l'indifférence de l'obligation. Le

juge ordinaire ne devrait pas rester insensible ou indifférent aux propositions interprétatives du Conseil constitutionnel ; il ne devrait pas davantage se sentir lié par elles ; il ne peut de toute façon pas être contraint à s'y soumettre. En vérité, cela relève non pas de la question de l'autorité des décisions du juge constitutionnel mais d'une *politique jurisprudentielle* dont le juge ordinaire est entièrement responsable. L'on peut bien montrer statistiquement que ces juges ordinaires suivent très largement la jurisprudence du Conseil constitutionnel (55), une statistique ne démontre cependant jamais une autorité juridique. Et il convient, pour l'analyse de ces données quantitatives, de distinguer, plus soigneusement qu'on ne le fait parfois, les différents cas de figure qui séparent, conceptuellement, la soumission à l'autorité de chose jugée et la simple convergence de jurisprudences (56).

« Autorité persuasive » est de plus une expression problématique. Une entreprise de persuasion peut recourir à l'argument d'autorité mais, dans ce cas l'autorité est présupposée, établie, reconnue par celui qui doit se persuader (57). Or, c'est, dans notre cas, précisément cette autorité qu'il convient d'établir.

De sorte que s'il veut être « persuasif », le Conseil constitutionnel devrait plutôt recourir à une argumentation qui ne tienne pas exclusivement à sa propre autorité. On doit toutefois bien constater que le mode purement assertorique sur lequel est énoncée l'interprétation, par le Conseil constitutionnel, de l'article 68 dans le considérant n° 16 de la décision du 22 janvier 1999 n'est pas propre à convaincre de sa justesse. La prétendue « autorité persuasive » de la jurisprudence gagnerait à ce que celle-ci s'exprime sur un mode moins « autoritaire », bref à ce que la motivation soit plus substantielle. Mais ce constat ne vaut pas pour le seul juge constitutionnel et renvoie au problème plus général de la forme de la motivation des décisions de justice en France.

Les justifications insuffisantes d'une prétendue autorité juridique de chose interprétée

On insiste cependant parfois pour donner à cette « autorité » de chose interprétée « force juridique », et à considérer que la « nature juridique » de cette autorité « ne fait pas de doute » (58), même si l'on admet qu'elle « doit dépasser le cadre strict de l'autorité de chose jugée » (59). Il s'agirait d'une autorité spécifique attachée à la jurisprudence du juge constitutionnel. Du point de vue de son fondement juridique, cette autorité découlerait d'une fonction et d'une place spécifiques du Conseil constitutionnel dans le système institutionnel.

Ainsi, on affirme la « soumission de la juridiction administrative au Conseil constitutionnel », ce qui, par analogie, doit valoir pour la juridiction judiciaire (60). On le fait au nom de la suprématie de la Constitution. Mais puisqu'il faut bien constater que le juge administratif ne se considère pas tenu par les interprétations du Conseil constitutionnel *en général*, on critique cette résistance au motif que ces interprétations « devraient être considérées comme obligatoires ». Ce reproche s'appuie sur « la théorie générale de la justice constitutionnelle, telle qu'elle a été développée par Hans Kelsen et Charles Eisenmann » (61), deux auteurs qui doivent, sans doute, être considérés comme les autorités ultimes, supra-constitutionnelles, chargées de dire le sens de l'institution du Conseil constitutionnel (62).

La question devrait être plus précisément de savoir sur quoi se fonde cette prétendue « soumission » des juridictions ordinaires. C'est justement l'un des traits de « l'exception française » (63) en matière de justice constitutionnelle que de n'organiser aucune procédure qui relie, d'une manière ou d'une autre, les juges ordinaires au juge constitutionnel : ni renvoi en interprétation, ni contrôle concret (renvoi préjudiciel d'appréciation de la constitutionnalité d'un texte), ni recours individuel permettant de saisir le juge constitutionnel de la décision d'un juge ordinaire. Cette soumission, inorganisée, devrait en réalité passer exclusivement par cette autorité particulière qu'il faudrait accorder à la jurisprudence constitutionnelle. Mais le raisonnement paraît circulaire : les juges sont soumis au Conseil parce que la jurisprudence de celui-ci doit s'imposer à eux ; cette jurisprudence s'impose à eux parce qu'ils doivent être soumis au Conseil.

Cette position se sent toutefois confortée par la considération suivante : « La mission du Conseil constitutionnel n'est pas seulement de faire droit à la demande d'un plaideur ou de la rejeter, mais aussi d'interpréter la Constitution. Cette dimension particulière fait que les décisions du Conseil constitutionnel ne s'entendent pas seulement de la solution concrète donnée à un litige, mais aussi de la lecture de la Constitution qui inspire cette solution. L'article

62 impose aux pouvoirs publics autant la jurisprudence que le dispositif des décisions du juge constitutionnel et c'est en cela que cette jurisprudence peut être qualifiée (*lato sensu*) de législative (64). »

Mais la mission du juge judiciaire ou du juge administratif ne se limite pas non plus, si l'on suit le même mode de raisonnement, à faire droit à une demande ou à la rejeter. Ces juges ont aussi pour mission d'interpréter le droit, et même parfois le droit constitutionnel. Cette mission d'interprétation n'est donc en rien une « dimension particulière » qui s'attacherait aux décisions du Conseil constitutionnel. La lecture, par le juge judiciaire, du code civil ou du code pénal, n'en fait pas pour autant une « jurisprudence législative », et cette lecture ne s'incorpore pas, avec portée générale et abstraite, à leur décision. L'article 5 du code civil, défendant « aux juges » (en général) de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, l'interdit (65).

Or, on l'a dit, aucune disposition ne confie au Conseil constitutionnel de fonction spécifique ou exclusive en matière d'interprétation de la Constitution. Cet état des textes constitutionnels distingue la fonction du Conseil de celle qui est, par exemple, formellement attribuée à la Cour de justice des Communautés européennes relativement à l'interprétation des traités institutifs (66) ou à la Cour européenne des droits de l'homme (67).

S'il y a monopole de compétence au profit du Conseil constitutionnel, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, ce n'est que relativement à la question précise de l'appréciation de conformité à la Constitution de textes de nature déterminée. Ce contrôle est concentré, mais nullement l'interprétation constitutionnelle. Dans l'exercice de leurs compétences propres, les juridictions ordinaires sont des interprètes de la Constitution tout aussi « authentiques » et légitimes que le Conseil constitutionnel. Telle est la position qu'a prise à bon droit, et malgré certaines critiques, le Conseil d'État (68), et c'est également celle que, par « espièglerie » (69) ou pas, se réserve la Cour de cassation, d'une manière aujourd'hui parfaitement claire.

Ainsi, la Constitution est livrée à une communauté d'interprètes, dotés de compétences et de pouvoirs distincts. L'interprétation de la Constitution est organisée comme « un procès ouvert » (70), ou relativement ouvert. L'absence de force obligatoire de la jurisprudence est le dispositif juridique clé, qui autorise le dialogue entre juges et l'innovation jurisprudentielle, ce qu'on appelait volontiers, autrefois, la vie du droit. En ce point, qui n'est pas mineur, le système français se distingue essentiellement des systèmes de *Common Law*.

De plus, il ne découle pas de l'article 62 que la jurisprudence du Conseil devrait s'imposer aux juges ordinaires. Dire que l'autorité dont il investit les décisions du Conseil constitutionnel « a pour objet d'assurer l'unité et la primauté de l'ordre constitutionnel » (71) est une pure pétition de principe. D'abord, l'article 62 ne vise pas exclusivement les décisions pour lesquelles une interprétation de la Constitution est nécessaire ; c'est la même autorité qui s'attache aux décisions en matière électorale, lesquelles n'imposent pas en principe d'interprétation constitutionnelle. A leur égard, l'autorité de l'article 62 n'aurait ainsi pas le même « objet ». Ensuite, cette disposition vise l'autorité qui doit s'attacher aux « décisions » du Conseil constitutionnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même interprète strictement le mot décision comme le contenu du dispositif auquel s'ajoutent les seuls motifs qui font corps avec lui, et ne tire de l'article 62 qu'une seule autorité qu'elle qualifie d'autorité de chose jugée. Rattacher cette autorité de chose interprétée à l'article 62, cela voudrait donc dire tirer de cette unique disposition deux principes distincts, ce que ne fait pas explicitement le Conseil (72), et qui est, sinon impossible, du moins acrobatique. Cela passerait en outre par une interprétation pour le moins extensive du mot « décision » (73). « L'article 62 (2) règle le problème de l'autorité des décisions du Conseil, mais non le problème de l'autorité de sa jurisprudence (74). »

Enfin, l'on fonde parfois cette autorité spécifique qui devrait revenir aux interprétations du juge constitutionnel sur le principe de sécurité juridique : cette autorité garantirait l'uniformité et la constance de l'application du droit constitutionnel. La garantie ne serait toutefois pas absolue puisqu'elle ne prémunit pas contre le revirement de jurisprudence constitutionnelle. Ces revirements sont sans doute rares (75), mais, statistiquement, les divergences d'interprétation entre juges ordinaires et juge constitutionnel ne semblent pas être plus fréquentes (76), et il y a plutôt « harmonieuse polyphonie » que cacophonie (77).

La solution retenue par la Cour de cassation, qui refuse nettement cette improbable autorité de chose interprétée,

doit donc être saluée. La reconnaissance d'une force obligatoire attachée à la simple jurisprudence du Conseil constitutionnel non seulement ne peut se prévaloir d'arguments véritablement décisifs, mais encore soulèverait des difficultés pour lesquelles on n'a pas de réponse certaine (78).

Sur la distinction entre « normativité » et autorité

Un système juridique ne repose, en dernière analyse, que sur les doctrines énoncées par les acteurs de ce système. Il est un système de circulation de ces doctrines qui règlent l'action des acteurs du système. Il n'existe pas d'instance supérieure et extérieure au système qui détiendrait la vérité du droit, celle par exemple de l'article 62 de la Constitution. Il n'y a pas d'autorité transcendante, la régulation est immanente au système (79). Chaque acteur, au moment où il agit, qu'il soit investi d'une fonction publique ou qu'il soit même simple sujet ordinaire du droit, agit en fonction de l'interprétation qu'il donne des éléments constitutifs de la situation dans laquelle il se trouve : textes applicables, doctrines déjà formulées et considérées comme pertinentes pour la situation, éléments de fait, conséquences possibles des solutions envisageables. Pour le dire autrement, chaque acteur se donne la règle d'action qu'il estime convenable dans un contexte pragmatique donné. La position adoptée ici se rattache au courant du pragmatisme, pour lequel la rationalité d'une action ne peut pas se fonder sur une instance transcendante de la vérité, mais peut seulement se justifier dans une communauté donnée au regard d'un contexte d'action donné (80). Apparaît, dans ce cadre, comme étant proprement *normative* la règle d'action de l'acteur, c'est-à-dire le *résultat* du travail qu'il accomplit sur les textes applicables comme sur l'ensemble des autres données de ce que nous avons appelé le « contexte pragmatique » (81). En ce sens, la jurisprudence, désignant ces règles d'action que se sont données les acteurs juridictionnels du système, doit être considérée comme « normative ». Ce n'est pas tant le texte de la constitution qui, lorsqu'il est « applicable » par un juge dans un contexte donné, est « normatif » que l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite. Cela ne signifie pas que ce texte n'ait aucune valeur. Mais il n'en a qu'en tant que la « communauté de droit » dans laquelle l'acteur agit lui impose de prendre en compte ce texte et de le traiter selon des méthodes qu'elle est susceptible d'accepter (82). On peut donc bien parler d'un pouvoir « normatif » de la jurisprudence. Cependant, de la sorte, l'on n'a pas encore déterminé l'autorité de cette jurisprudence.

Dans la signification qu'on lui donne, l'autorité renvoie non pas à cette normativité que nous avons précisée, mais à l'obligation dans laquelle devrait se sentir un acteur juridique de tenir compte d'un texte, d'un énoncé, de l'introduire à la base du raisonnement par lequel il définira sa règle de conduite concrète dans le contexte où il doit rendre sa décision. De ce qu'une jurisprudence est « normative », on ne peut conclure qu'elle ait nécessairement, dans un certain contexte, « autorité » (83). Pour établir cette autorité, il est encore besoin d'une interprétation, d'une doctrine. L'autorité n'est pas un « fait », mais une construction interprétative à laquelle procède celui qui doit se dire soumis ou pas à cette autorité. Cette construction n'est cependant pas libre et arbitraire, car la subjectivité des acteurs juridiques n'est pas isolée, pure et simple, mais toujours aux prises avec la communauté où elle doit se justifier dans une situation pratique donnée.

La décision de la Cour de cassation n'a pas « neutralisé » l'article 62 alinéa 2 de la Constitution (84). En interprétant la nature (autorité de chose jugée) et la portée de l'autorité de la décision du Conseil (limitée au texte soumis à l'examen du juge constitutionnel), elle a pris une position qui se justifie non pas parce qu'elle serait conforme à une vérité supposée contenue dans le texte de l'article 62, mais parce que, au regard des méthodes admises de l'interprétation, elle apparaît convaincante, parce qu'elle s'harmonise avec les doctrines soutenues jusque là par elle-même, par les juridictions administratives et par le Conseil constitutionnel lui-même (85) ainsi qu'avec l'image de la fonction juridictionnelle que ces mêmes doctrines attribuent au Conseil constitutionnel comme avec l'image du juge dans un système qui n'est pas de *Common Law* (86).

C'est, à l'inverse, si elle avait affirmé sa soumission à la jurisprudence du juge constitutionnel que la Cour de cassation serait entrée en contradiction avec la doctrine du Conseil constitutionnel, celle du Conseil d'Etat et la sienne propre. C'est si elle avait affirmé l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel qu'elle aurait modifié la fonction jusque là admise du juge constitutionnel, attribuant à l'autorité des motifs de ce dernier l'autorité de la Constitution même. Ce faisant, elle ne l'aurait pas institué comme une simple « cour suprême » à son égard. D'abord parce que c'est impossible si l'on définit la cour suprême comme celle qui peut statuer souverainement sur les décisions rendues par des juges qui lui sont subordonnés. Ensuite, la circonstance que la Cour de cassation soit elle-même cour suprême au sein de l'ordre des juridictions judiciaires n'emporte pas pour conséquence que ses décisions seraient revêtues d'une « autorité de chose interprétée ». Reconnaître l'autorité (juridique) de chose interprétée, c'eût été instituer le Conseil constitutionnel non pas seulement comme un organe du *law making power* (87), mais plus précisément du *constitutional law making power*.

Que certaines doctrines, qui se qualifient « réalistes » (88), affirment la fonction (co)constituante du Conseil constitutionnel est une chose (que l'on peut bien contester). Que la Cour de cassation rappelle, tant par la limitation de la portée de l'autorité de chose jugée qu'elle précise, que par le refus de reconnaître une quelconque autorité de chose interprétée à la jurisprudence du Conseil, que la fonction juridictionnelle ne se confond pas nécessairement avec la fonction constituante ou législative, on n'est pas obligé de s'en plaindre. Si une jurisprudence peut être dite « normative », la solution de la Cour invite à réfléchir cependant sur ce point : la différence de fonctions entre le constituant et le juge constitutionnel ne se situe pas au plan de la normativité, mais réside dans la question de l'autorité des textes respectifs dont ils sont les auteurs. Des différences d'autorités marquent des différences de fonctions. Parce qu'elle n'admet cette autorité, s'agissant des textes contenant les motifs des décisions du Conseil constitutionnel, qu'en tant que le motif considéré est le soutien nécessaire du dispositif et dans la limite de ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil, la Cour de cassation a rappelé la doctrine communément admise selon laquelle le Conseil constitutionnel est un *juge* constitutionnel. Appartenait-il à la Cour de cassation de modifier cette fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel quand celui-ci, dans sa jurisprudence, ne l'y a jamais invité ni incité ? Fallait-il qu'elle statue contre la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour s'y soumettre ? Il n'est pas interdit de penser qu'elle avait de bonnes raisons pour ne pas le faire.

O. J.

(1) Décis. 408 DC, *Statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29, consid. 16.

(2) Cette interprétation utile de l'article L. 2132-7 était soutenue tant par le conseiller rapporteur que par le Premier avocat général dans ses conclusions. L'exigence d'une nouvelle autorisation serait incompatible avec le respect des brefs délais imposés à l'exercice des recours et priverait l'intéressé de son droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ; elle subordonnerait, de plus, le juge pénal au juge administratif. Les conclusions et le rapport sont disponibles sur le site internet de la Cour : <http://www.courdecassation.fr>.

(3) Décis. 244 DC du 20 juill. 1988, *Loi d'amnistie*, Rec. p. 119, consid. 18 (pour les décisions prises sur la base de l'art. 61) ; 312 DC du 2 sept. 1992, *Maastricht II*, Favoreu/Philip, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (GDCC), 11^e éd., 2001, n° 45, notamment consid. 12 (pour les décisions prises sur la base de l'art. 54) ; 88-1127 du 20 avr. 1989, *A. N. Meurthe et Moselle (2^e circ.)*, Rec. p. 32, consid. 6 (pour le contentieux des élections législatives). Le Conseil d'Etat évoque, à l'occasion, l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel : CE, 16 avr. 1986, *Société méridionale de participations bancaires, industrielles et commerciales*, Rec. p. 93.

(4) Cela vaut d'un jugement, mais aussi de la loi ou de la Constitution, lorsqu'il s'agit de savoir si certains éléments de leur texte ont « force de loi » - préambules, exposés des motifs, intertitres - ou si l'on peut considérer les informations tirées de travaux préparatoires comme constituant, pour ainsi dire, des motifs déterminants de la lettre de la loi ou, même, si l'on doit considérer les documents préparatoires de la Constitution comme de tels travaux préparatoires.

(5) Et par la Cour de cassation s'agissant de l'autorité de la chose jugée par les juridictions judiciaires. Par ex. : Cass. req., 21 nov. 1899, DP 1900, 1, p. 18 ; Cass. civ., 4 janv. 1954 et 6 oct. 1954, JCP 1955, II, n° 8458, note Astima. Il faut distinguer les motifs inséparables du dispositif des motifs décisifs, dont l'autorité est fort discutée, qui sont les éléments décisifs contenus seulement dans les motifs. Sur ces questions : D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, p. 297 et s.

(6) Cons. const., décis. 18 L du 16 janv. 1962, *Loi d'orientation agricole*, consid. n° 1, Rec. p. 31 ; GDCC n° 13 ; décis. 258 DC du 8 juill. 1989, *Loi d'amnistie*, consid. n° 12, Rec. p. 48 ; D. 1990, Somm. p. 138 ; JCP 1990, II, n° 21409, note C. Franck ; décis. 312 DC du 2 sept. 1992, *Maastricht II*, consid. n° 4, Rec. p. 76 ; GDCC, n° 45.

(7) On ne reviendra pas sur ce débat. On redira seulement la pertinence de l'analyse, sur ce point, qu'avait publiée Michel Troper dans *Le Monde* du 13 février 1999 (repris à la RFD const. 1999, p. 325).

(8) Tel était, en revanche, par exemple, le raisonnement de F. Luchaire, *La Cour pénale internationale et la responsabilité du chef de l'Etat devant le Conseil constitutionnel*, RD publ. 1999, p. 461 et s.

(9) V. les réf. citées à la note 3.

(10) La question se pose de l'autorité qu'il convient d'attacher aux décisions prises par le Conseil constitutionnel

en dehors de sa fonction juridictionnelle, dans l'exercice de ses fonctions qu'on dit parfois « administratives ». Il n'est pas impossible d'imaginer que le Conseil d'Etat puisse un jour être saisi d'un tel acte. On pense, notamment, à la contestation d'une décision telle que celle du 27 juin 2001 relative aux archives du Conseil et dont la légalité a pu être, non sans quelques fortes raisons, mise en doute (P. Gonod, Les archives du Conseil constitutionnel : remarques sur la décision du 27 juin 2001, D. 2001, p. 2603). La solution serait-elle analogue à celle adoptée à l'égard d'une décision du Président de l'Assemblée nationale (CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), 13^e éd., 2001, n° 114), la nature de la fonction et non la nature de l'organe déterminant la compétence de la juridiction administrative, ou bien l'article 62, dans ses deux alinéas, interdira-t-il au juge administratif de se reconnaître compétent ? On sait que le Conseil constitutionnel admet, dans un cas au moins, d'être saisi de la contestation de l'un de ses actes, la liste des candidats à l'élection présidentielle, à laquelle il n'attache donc pas le caractère d'une décision insusceptible de recours au sens de l'article 62 (Cons. const., décis. du 17 mai 1969, *Ducatel c/ Krivine*, GDCC, n° 17). Quelle est en revanche la nature de la décision rendue le 10 novembre 1998 sur la demande de communication de pièces, formulée par un juge d'instruction (Rec. p. 300). Le Conseil y affirme que l'article 62 alinéa 2 s'applique à cette décision même. Est-elle revêtue d'une autorité de « chose jugée » ? Par ailleurs, on veut croire que la mention d'observations formulées par le Conseil constitutionnel en 1995 et 2000 relativement à l'élection présidentielle dans les visas d'une décision de ce même Conseil, portant sur la conformité d'une loi organique à la Constitution, puis l'indication, dans le corps de la décision, que certaines dispositions de la loi examinée « mettent en oeuvre les observations susvisées du Conseil constitutionnel » (décis. 443 DC du 1^{er} févr. 2001, *Loi organique relative à l'élection présidentielle*), ne signifient pas, à elles seules, que ces observations seraient ainsi munies d'une quelconque autorité juridique, d'une improbable force obligatoire.

(11) Donnant une définition plus large de cette autorité « absolue » : R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, n° 60. En revanche, le même auteur la définit ailleurs strictement, comme l'autorité qui confère à la décision effet *erga omnes* (*Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., Montchrestien, 2001, n° 1208).

(12) C'est à une décision rendue sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 (Cons. const., décis. 124 L du 23 juin 1982) que le Conseil d'Etat avait donné son plein effet en s'estimant lié par la qualification d'imposition de toute nature appliquée par le Conseil constitutionnel aux « redevances » perçues par les agences financières de bassin : CE, Ass., 20 déc. 1985, *SA Etablissements Outters*, Rec. p. 382 ; D. 1986, Jur. p. 283, note Favoreu ; RFDA 1986, p. 513, concl. Martin ; Petites affiches, 12 déc. 1986, p. 25, note Moderne.

(13) Les décisions du Conseil constitutionnel rendues en matière électorale comme celles qui concernent les inéligibilités et incompatibilités des parlementaires sont évidemment pourvues d'une autorité dont la portée s'analyse en fonction de leur objet, qui par définition, n'est pas un texte. Pour un exemple des conséquences de la chose jugée par le Conseil constitutionnel en matière électorale à l'égard de l'autorité administrative : Décis. 88-1127 du 20 avr. 1989, *A. N. Meurthe-et-Moselle (2^e circ.)*, préc.

(14) C'est-à-dire de toute infraction autre que celles qui seraient constitutives de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

(15) L'ordonnance des juges d'instruction du 14 décembre 2000 reposait sur une curieuse motivation selon laquelle l'interprétation du juge constitutionnel devait s'imposer « en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation (...) qui tendrait à estimer que le considérant précité du Conseil constitutionnel est un *obiter dictum* ne s'imposant pas à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». L'arrêt de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris fonde l'autorité de l'interprétation du Conseil constitutionnel sur l'article 62 de la Constitution. V. l'analyse de ces décisions dans le rapport du conseiller Roman. Ces motivations sont à rapprocher de celles, dans le même sens, de l'ordonnance du 15 avril 1999 rendue par le juge Desmure (reprise à la RFD const. 1999, p. 324).

(16) F. Moderne, Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 342, note 111. V., dans le même sens, notamment : P. Bon, *Autorité de chose jugée*, O. Duhamel, Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992 ; L. Favoreu/L. Philip, GDCC, comm. sous n° 13, § 23 ; L. Favoreu *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 3^e éd., 2000, n° 480 ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, STH, 1988, p. 60 ; B. Poullain, *in* : *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM., 1995, p. 280 ; T. Renoux/M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, sous art. C. 62 ; D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1994, n° 198 ; G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, 12^e éd., PUF, 1992, p. 63. Le conseiller Roman, en revanche, se méprend lorsque, résumant cette doctrine, il écrit que l'autorité est «

absolue en ce qui concerne les textes mêmes dont il a examiné la constitutionnalité, mais n'est que *relative en ce qui concerne les autres textes* » (nous soulignons).

(17) Cass. crim., 26 févr. 1974, D. 1974, Jur. p. 273 ; Gaz. Pal. 1974, 1, p. 230.

(18) Concl. Frydman sur CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, Rec. p. 118 ; RFDA 1994, p. 429. M. Frydman reprenait là une doctrine traditionnelle des commissaires du gouvernement : concl. Galmot sur CE, Ass. 3 févr. 1967, *Confédération générale des vignerons du midi*, Act. jur. dr. adm. 1967, p. 164 (p. 167) ; concl. Hagelsteen sur CE, 22 oct. 1979, *Union démocratique du travail*, RD publ. 1980, p. 531 (p. 536) ; concl. Théry sur CE, 29 mai 1981, *Rekhou*, RD publ. 1981, p. 1707 (p. 1714).

(19) Cass. crim., 25 janv. 1978, *Vantalon*, Bull. crim., n° 31, p. 75, Gaz. Pal. 1978, 2, p. 398, rapp. Guerder ; D. 1978, IR p. 344, obs. Roujou de Boubée. V. aussi : L. Favoreu, *La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution*, D. 1986, Chron. p. 171.

(20) Elle était prévisible : B. Genevois, *Observations complémentaires*, RFDA 1999, p. 721.

(21) Décis. 244 DC, *Loi d'amnistie*, consid. 18, Rec. p. 119.

(22) On a un peu l'impression d'un décalque, à vrai dire maladroit, du principe applicable aux décisions du juge administratif en excès de pouvoir et selon lequel seule l'annulation d'un acte administratif est revêtue d'une autorité absolue de chose jugée. Mais les autres décisions sont revêtues d'une autorité, même si elle n'est que relative. V. : R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.* p. 962 et s.

(23) P. Wachsmann, Act. jur. dr. adm. 1988, p. 758. Si seule la décision d'annulation prise par le juge administratif est revêtue d'une autorité absolue de chose jugée, la logique voudrait cependant que, s'agissant du juge constitutionnel, cette même autorité soit attribuée à la non-censure d'un texte : G. Vedel, *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1995, p. 552.

(24) Par ex. : décis. 373 DC du 9 avr. 1996, *Statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. p. 43, consid. 5.

(25) Décis. 410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 51.

(26) Décis. 183 DC du 18 janv. 1985, *Redressement et liquidation judiciaires, article 2 du dispositif*, Rec. p. 32. Depuis plusieurs années, d'ailleurs, le libellé des dispositifs a connu une nette évolution. S'agissant du contrôle facultatif de l'article 61 alinéa 2, le Conseil constitutionnel ne déclare qu'avec une extrême parcimonie la conformité à la Constitution des dispositions législatives, même formellement examinées dans le corps de la motivation, sans qu'on trouve nécessairement, d'ailleurs, la clef du système qui règle la question. Ainsi, pour ne prendre qu'une comparaison, la décision 425 DC du 29 décembre 1999 (*Loi de finances rectificative pour 1999*) déclare la conformité à la Constitution de deux articles de la loi déferée, quand la décision 424 DC, du même jour (*Loi de finances pour 2000*), se borne à déclarer l'inconstitutionnalité de deux articles, sans reprendre dans le dispositif la conformité des autres articles examinés.

(27) Consid. 4.

(28) La question du changement de circonstances est peu évoquée à raison du caractère préventif du contrôle de constitutionnalité en France. Cependant, si le contrôle s'effectue en amont de l'entrée en vigueur des textes, ses conséquences peuvent s'inscrire dans la durée. F. Moderne (art. cit., p. 344, note 123) admet que le législateur puisse reprendre des dispositions déclarées antérieurement inconstitutionnelles si les circonstances ont objectivement changé.

(29) Publié sur le site internet du Conseil (<http://www.conseil.constitutionnel.fr/bilan/bilan1999.htm>).

(30) Et dans ces conditions l'expression, telle qu'employée par le Conseil, ne serait que « métaphorique », comme l'affirme MM. Avril et Gicquel (*Ombres et lumières sur la Constitution*, Petites affiches, 30 octobre 2001, p. 13, note 1).