

# Plessy: legislation is powerless

- Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation. If the civil and political rights of both races be equal, one cannot be inferior to the other civilly
- Page 163 U. S. 552
- or politically. If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane

# PLESSY : HARLAN DISSENT

- in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law.

Greene

VOLUME 125

DECEMBER 2011

NUMBER 2

HARVARD LAW REVIEW

© 2011 by The Harvard Law Review Association

ARTICLES

THE ANTICANON

*Jamal Greene*

CONTENTS

INTRODUCTION .....	380
I. DEFINING THE ANTICANON .....	385
II. DEFENDING THE ANTICANON .....	404

# Plessy: not a model of bad reasoning

2011]

THE ANTICANON

415

Black that, on this point, “[t]he curves of callousness and stupidity intersect at their respective maxima.”<sup>208</sup>

I am less comfortable that *Plessy* can fairly be called a model of bad legal reasoning. We have already seen that judicial precedent was firmly on the side of the majority. We have also noted the strong argument, accepted by many experts, that the decision is consistent with the original understanding of the Fourteenth Amendment.<sup>209</sup> There is plenty of evidence that the provision’s drafters sought to end the common practice of barring blacks altogether from public accommodations, but little evidence that anyone of influence thought that its passage would require integration.<sup>210</sup> Segregation of rail cars in particular was a common feature of civil society in nineteenth-century America.<sup>211</sup> “[I]n the states of the former Confederacy, from the end of the

# *Brown v. Board of Education* (1954)

## Warren court

- We conclude that, in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. (...)

# BROWN

- To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.
- [ footnote 11 ] K.B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Mid-century White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation A Survey of Social Science Opinion, 26 J.Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int.J.Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (Maclver, ed., 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. ***And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944).***

# IIE PARTIE LA SOURCE CONSTITUTIONNELLE

## ~~• CHAPITRE I – LE CONSTITUTIONNALISME CLASSIQUE~~

- 
- **Section 1 – Le constitutionnalisme classique et les sources**
  - *Sous-Section 1 – La dimension intrinsèquement politique du constitutionnalisme des origines.*
  - *Sous-Section 2 – Une conception réaliste du pouvoir politique*
  - *Sous-Section 3 – Une conception formaliste du droit*
- **Section 2 – Droit constitutionnel et science politique**

# Étapes du constitutionnalisme

- 1) « préhistoire » (avant le XVIIe s.)
  - Chartes et proto-déclarations du MA :
    - Magna Carta 1215
    - Bulle d'Or de Hongrie 1222
  - « constitutionalisme » médiéval (Eglise, républiques italiennes à



# Étapes du constitutionnalisme

- 2) Période « classique »
  - 2.1. constitutionnalisme anglais du XVIIe siècle
  - 2.2. Adoption des premières grandes constitutions écrites
    - Etats-Unis 1787
    - France 1791
  - 2.3. Constitutionnalisme du XIXe siècle

# Étapes du constitutionnalisme

- 3) Constitutionnalisme moderne
  - – Constitutions démocratiques du XXe siècle
    - Vague post Première-Guerre Mondiale (Autriche 1921, Allemagne 1919)
    - Vague post Seconde Guerre Mondiale (France 1946, Allemagne 1949, ...)
- Période contemporaine : « Etat de la justice constitutionnelle » (date pivot: 1958)
  - US : Cooper v. Aaron
  - Constitution française (Cinquième république)

# Constitutionnalisme et liberté

- MAGNA CARTA
- 39. Aucun homme libre ne sera pris ou emprisonné ou dépossédé ou exilé ou anéanti d'une quelconque manière, pas plus que nous n'irons à lui ou que nous le ferons chercher, sinon par le jugement légal de ses pairs ou par le droit de ce pays.

# 1689

- **Bill des droits ( " Une loi ayant pour objet de déclarer les droits et libertés des sujets et d'établir la succession de la Couronne " )**

# 1628

- Pétition du droit (petition of right)

# Entick v. Carrington (1765)

[275] JOHN ENTICK, Clerk, *versus* NATHAN CARRINGTON AND THREE OTHERS, Messengers in Ordinary to the King. C. B. Trespass for breaking and entering plaintiff's house, &c. Special justification under a warrant of the Secretary of State.

[S. C. 19 How. St. Tri. 1030. Referred to, *Dillon v. O'Brien*, 1887, 20 L. R. Ir. 316 ; *Jones v. German* [1896], 2 Q. B. 423 ; [1897], 1 Q. B. 374.]

# La remise en cause d'un droit doit avoir un fondement en droit positif

- « express legal authority must be shown for interferences with legal rights».
- C. Turpin and A. Tomkins, *British Government and the Constitution: Text and Materials*; See also : D. Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 502.

# « sacralité » du droit de propriété

- 
- *"The great end for which men entered into society, was to secure their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances where it has not been taken away or abridged by some public law ».*
- 
- « La finalité primordiale pour laquelle les hommes sont entrés en société a été de garantir leur propriété. Ce droit sacré et incommunicable est protégé dans toutes les situations où il n'a pas été retiré ou supprimé par une loi de l'Etat ».
-



a remedy should be available when an official has acted without clear legal authority.

- Dicey:
- 
- "With us, every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen. The reports abound with cases in which officials have been brought before the courts and made, in their personal capacity, liable to punishment, or the payment of damages"
- 
- *Law of the constitution*, (8th ed. 1915), Liberty Fund, 1982, p. 114..

# Constitution des Etats-Unis - Quatrième Amendement

- The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

# CHAPITRE II – LA THEORIE DE LA CONSTITUTION ECRITE

- Section 1 – La constitution comme loi
- Section 2 – Le pedigree constitutionnel
- Section 3 – La mise en œuvre de la Constitution

# Section 1 – La constitution comme loi

- Sous-section 1 – La constitution s'impose en tant que commandement
- Sous-section 2 – La constitution comme loi fondamentale : le cas américain

# s. 2 de l'article VI de la Constitution : « clause de suprématie »

« cette constitution, et les lois des Etats-Unis qui seront prises pour son application, et tous les traités...seront la loi suprême des Etats-Unis »

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

# Le double artifice dans Marbury

- 1) analyser la section n° 13 de la loi de 1789 comme opérant une attribution de compétence au profit de la Cour suprême.
- Selon une autre interprétation, que beaucoup s'accordent à juger plus vraisemblable, ladite clause semble simplement signifier que, du moment que la Cour suprême était compétente, il lui était légalement possible d'émettre un *mandamus*.
- 2) il ne va pas de soi que l'article III de la Constitution ait interdit au Congrès d'étendre la compétence de la Cour suprême.

# SECTION 2 Le pedigree constitutionnel

- Sous-section 1 – l'édiction
- Sous-section 2 – L'entrée en vigueur
- Sous-section 3 – Les effets de l'entrée en vigueur



# Le pedigree

- Est un format de validité pour un acte donné
- Soumet cette validité à des conditions formelles ( =/= contenu de l'acte)
- (donc réunit en général plusieurs règles relatives au régime juridique de l'acte et en particulier à son édicition)
- Ces conditions (ou critères) ont pour effet l'entrée en vigueur et l'appartenance au droit positif.

# Constitution formelle

- Formelle vs matérielle
  - Formelle : consiste en un acte (une loi constitutionnelle)
  - Matérielle : règles constitutionnelles extérieures à la loi Clle (par ex. : en France, l'essentiel du droit électoral)
- Formelle vs rigide
  - Rigide : dont le pedigree inclut des conditions spéciales d'édiction et d'entrée en vigueur
    - Initiative
    - Procédure
    - Majorités qualifiées
    - ...

# Sous-section 1 l'édition

A. Définitions

B. La rigidité d'origine textuelle

C. La rigidité d'origine jurisprudentielle

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

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

## Article 89 C

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

## Article 89 C

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

## Article 89 C

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

## Article 89 C

- (vote définitif : option 2)

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



## Rigidité d'origine jurisprudentielle

- « *Thoburn v Sunderland City Council* », High Court of England and Wales, QBD (Admin Ct), 18 février 2002 [2002] 1 C.M.L.R. 50.
- 
- « une loi constitutionnelle ne peut être abrogée, ou amendée d'une manière qui affecte significativement ses dispositions touchant des droits fondamentaux ou (affectant) autrement la relation entre les citoyens et l'Etat que par des termes sans ambiguïté (présents) littéralement dans le texte de loi ».
- "A constitutional statute can only be repealed, or amended in a way which significantly affects its provisions touching fundamental rights or otherwise the relation between citizen and State, by unambiguous words on the face of the later statute" ([\[1993\] A.C. 593](#). § 63.

-

## Rigidité d'origine jurisprudentielle

- Cour suprême, d'israel : « *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* » du 9 novembre 1995

# Sous-section 2 – les conditions de l'entrée en vigueur

## A. La notion juridique d'entrée en vigueur

- Une situation juridique
- Ne peut concerner que des dispositions ayant un effet juridique
- Entrée en vigueur : la disposition est seulement susceptible de produire des effets (mais n'en produit pas nécessairement)

# « anti-Mizrahi » clause

2. **Preventing effective judicial review of Knesset legislation** - Under the proposed “reform”, the Israeli Supreme Court could find a statute unconstitutional (i.e., in contradiction of Israel’s Basic Laws or constitutional principles) and therefore void **only** by a unanimous decision of all members of the court (or, according to another version, by a majority of 80%, namely, given the court cohort - 12 of the 15 justices). Furthermore, the Knesset could “override” the power of judicial review with its guaranteed majority in the Knesset. In addition, Basic Laws would be immune from judicial review, regardless of their content. **These changes will drastically harm the ability of the Court to protect human rights and the foundational principles of democracy.**

## Constitution du 4 octobre 1958

### Titre XVII : Dispositions transitoires.

#### Article 91

Les institutions de la République prévues par la présente Constitution seront en place dans le délai de quatre mois à compter de sa promulgation.

## Constitution du 4 octobre 1958

### Titre XVII : Dispositions transitoires.

#### Article 92

**Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, par ordonnance ayant force de loi.**

## Les ordonnances de l'article 92 de la Constitution

- Sont adoptées « dans l'exercice du pouvoir législatif » : Conseil d'Etat, 12 février 1960, n° 46922 et 46923, SOCIETE EKY

Sur le pourvoi n° 46 923 dirigé contre les dispositions de l'art. 136 c. pén. édictées par l'ordonnance du 23 déc. 1958 : — Considérant que l'ordonnance susvisée a été prise par le Gouvernement en vertu de l'art. 92 de la Constitution du 4 oct. 1958, dans l'exercice du pouvoir législatif; que, dans ces conditions, elle ne constitue pas un acte de nature à être déféré au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir;

## Les ordonnances de l'article 92 de la Constitution devant le Conseil constitutionnel

- **1) sont soumises à la procédures de délégalisation**
- **Conseil constitutionnel, décision 59-1 L du 7 janvier 1959 (RATP)**
  
- **2) Certaines d'entre elles font partie du bloc de constitutionnalité**
- **Conseil constitutionnel, décision n° 69-37 Dc du 20 novembre 1969 (règlement de l'Assemblée nationale) « 2. Considérant que la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant**
- **au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives**
- **nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu du 1er alinéa de l'article 92 de la Constitution » ;**



- **article 2 de l'Ordonnance du 9 août 1944**
- 
- « Sont (...) nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la république française ».

## Entrée en vigueur

- **CE- DEHAENE 7 JUIN 1950**

- 

- 

- En indiquant, dans le préambule de la Constitution, que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'assemblée constituante a entendu **inviter le législateur à opérer la conciliation** nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ; (...)

- 

- **qu'en l'absence de cette réglementation**, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation **il appartient au gouvernement**, responsable du bon fonctionnement des services publics, **de fixer lui-même**, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ;

-

# Conseil d'Etat, avis du 15 mars 1949

Ministère de l'Intérieur

302  
CONSEIL D'ÉTAT

EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS

SÉANCE DU 15 Mars 1949

N° 246-908

Constitution de syndicats  
professionnels des notaires  
(avoués, huissiers), commis-  
saires-priseurs

AVIS

# Conseil d'Etat, avis du 15 mars 1949

Considérant enfin que s'il est dit dans le préambule de la constitution que "tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix", le principe ainsi énoncé n'a pas le caractère d'une disposition législative et ne saurait avoir eu pour effet d'abroger implicitement les ordonnances du 2 Novembre 1945,

# Dispositions du préambule qui ne sont pas en vigueur

- CE, 10 déc. 1962, *Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, p. 67.
- CE, 29 nov. 1968, *Tallagrand*, p. 607

# CE, 29 nov. 1968, *Tallagrand*, p. 607

Cons. d'autre part, que si, en vertu du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, « la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant de calamités nationales », le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative précise en assurant l'application, ne peut servir de base à une action contentieuse en indemnité ; que d'ailleurs, le préjudice dont le requérant demande réparation trouve son origine directe dans le fait d'un Etat étranger qui ne peut engager la responsabilité de l'Etat français même sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques ;

Cons. enfin, en ces termes de l'article 4, paragraphe 2 de la loi n° 61-1420 du

## B. Le régime juridique de l'entrée en vigueur

1) C'est en règle générale la constitution nouvelle qui détermine les conditions de sa propre entrée en vigueur

# **titre XV de la constitution (abrogé par la Loi constitutionnelle n°95-880 du 4 août 1995)**

## **Article 91**

Les institutions de la République prévues par la présente Constitution seront en place dans le délai de quatre mois à compter de sa promulgation.

(...)

## **Article 92**

**Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, par ordonnance ayant force de loi.**

Pendant le délai prévu à l'alinéa 1er de l'article 91, le Gouvernement est autorisé à fixer par ordonnances ayant force de loi et prises en la même forme le régime électoral des assemblées prévues par la Constitution.



# ordonnances de l'article 92 : Caractère législatif

- Conseil d'État, section, 12 février 1960, *Société Eky* (req. n° 46922, Rec. p. 101)

*Sur le pourvoi n° 46.923 dirigé contre les dispositions de l'article 136 du Code pénal édictées par l'ordonnance du 23 décembre 1958 : —* Considérant que l'ordonnance susvisée a été prise par le Gouvernement en vertu de l'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958, dans l'exercice du pouvoir législatif ; que, dans ces conditions, elle **ne constitue pas un acte de nature à être déféré au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ;**

## **Contrôle de l'abrogation implicite**

**CE, 12 fev 1960, Sté Eky**

**CE, 5 janvier 2005, Deprez et Baillard**

**ordonnance de référé « Boisvert » du 21 novembre 2005**

**décision d'Assemblée « Syndicat Général des Huissiers de Justice » du 16 décembre 2005.**

**C.C. DC 85-197 DC, état d'urgence en Nlle Calédonie**

# ordonnances de l'article 92 : Caractère législatif

CC, décision 59-1 L du 7 Janvier 1959 (délégation partielle)

**Nature juridique de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne (...)**

2. Considérant que la Régie autonome des Transports parisiens constitue une catégorie particulière d'établissement public sans équivalent sur le plan national, qu'au nombre des règles qui régissent cet établissement **et qui sont du domaine de la loi** en vertu des dispositions ci-dessus rappelées doit être comprise celle prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du Conseil d'administration ;

3. Considérant toutefois que le nombre total des membres de ce Conseil et celui des représentants des collectivités locales qui en font partie n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, un élément déterminant de la règle visée à l'alinéa précédent, que dès lors et en tant qu'il fixe ces nombres, l'alinéa 3 de l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 **n'est pas du domaine de la loi** ;

# ordonnances de l'article 92 : bloc de constitutionnalité

- **décision n° 69-37 DC du 20 novembre 1969 (règlement AN)**
- 2. Considérant que la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu du 1er alinéa de l'article 92 de la Constitution ;
- 3. Considérant que l'ordonnance du 17 novembre 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, prise en vertu de l'article 92 de la Constitution, prévoit dans son article 5, que le règlement de chaque assemblée parlementaire fixe la composition et le mode de désignation des membres des commissions mentionnées à l'article 43 de la Constitution ainsi que les règles de leur fonctionnement ;

## B. Le régime juridique de l'entrée en vigueur (suite)

2) La constitution peut déléguer ce pouvoir au législateur

- Ordinaire

- Organique

# LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

- [Article 46](#)

I. — Les articles 11, 13, le dernier alinéa de l'article 25, les articles 34-1, 39, 44, 56, 61-1, 65, 69, 71-1 et 73 de la constitution dans leur rédaction résultant de la présente loi constitutionnelle, entrent en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application.

II. — Les articles 41, 42, 43, 45, 46, 48, 49, 50-1, 51-1 et 51-2 de la Constitution, dans leur rédaction résultant de la présente loi constitutionnelle, entrent en vigueur le 1er mars 2009.

## Sous-section 2 – les conditions de l'entrée en vigueur (suite)

**C) Le régime de l'entrée en vigueur est complexe et suscite des problèmes contentieux**

- 1) complexité de l'entrée en vigueur**
- 2) Effets contentieux**

# Effets contentieux

- **CE- 26 JUIN 1959**

**syndicat général des ingénieurs conseils.**



# Sous-section 3 Les effets de l'entrée en vigueur

- A) La constitution nouvelle ne fait pas table rase du passé
- **l'article 2 de l'Ordonnance du 9 août 1944 :**
- 
- « Sont (...) nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la république française ».
- **Cette nullité doit être expressément constatée.**

# Cas de nullité expressément constatée

- [Article 3](#)
- Est expressément constatée la nullité des actes suivants :
- L'acte dit "loi constitutionnelle du 10 juillet 1940" ;
- Tous les actes dits : "actes constitutionnels",
- Tous les actes qui ont institué des juridictions d'exception,
- Tous les actes qui ont imposé le travail forcé pour le compte de l'ennemi,
- Tous les actes relatifs aux associations dites secrètes,
- (...)

# Sous-section 3 Les effets de l'entrée en vigueur (suite)

## B) le contrôle de l'abrogation implicite

1. Exercice du contrôle
  - Par le Conseil d'Etat
  - Par le Conseil constitutionnel
2. Nature du contrôle
3. Conditions du contrôle
4. Vers la disparition ?

**Contrôle de l'abrogation implicite**

**Conseil d'Etat, 12 Février 1960, SOCIETE EKY**

**Conseil d'Etat, 16 décembre 2005, Syndicat Général des  
Huissiers de Justice**

## **Contrôle de l'abrogation implicite**

### **ordonnance de référé « Boisvert » du 21 novembre 2005**

« s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'une loi d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, d'un texte de loi de dispositions législatives qui découle de ce que son leur contenu est inconciliable avec un texte qui lui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ».

**Conseil constitutionnel, n° 85-197 DC du 25 janvier 1985,  
Etat d'urgence en nouvelle Calédonie**

- **« si la constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier (...) les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public.**
- **Qu'ainsi la constitution (de 1958) n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 ».**

- Conseil d'Etat, avis n° 246-908 du 15 mars 1949 (section de l'intérieur ; « constitution de syndicats professionnels des notaires, avoués, huissiers, commissaires-priseurs »).

# Préambule de 1946 (extraits)

- Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.
- Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.
- La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.



## 4) Disparition du contrôle ? (vers une substitution de la QPC au contrôle de l'abrogation implicite).

- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, Daoudi
- Conseil constitutionnel 14 octobre 2010, Compagnie agricole du crau n°2010 – 52 QPC

## SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION

### Sous-section 1 Les lois organiques

A) Historique

B) La procédure législative

- Plus rigide que la loi ordinaire
- Moins rigide que la Constitutions

C) Valeur normative et régime contentieux

- Un acte d'application de la constitution
- La valeur d'une loi ordinaire : « elle a beau être organique, elle n'en est pas moins loi... »
- Le cas particulier des LO incorporées dans le bloc de constitutionnalité

D) Loi organique et mise en œuvre de la Constitution : un problème de démocratie

- L'hypothèse du « pas assez » : la non-intervention de la LO
- L'hypothèse du « trop plein »: la LO substituée à la constitution

## Constitution de 1958 : article 46 (modif. Loi consti. 23 juillet 2008)

**Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes :**

- Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de [l'article 42](#).
- Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à [l'article 45](#), le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.
- 
- La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, **le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.**

## Rappel : délais de l'article 42, al 3

- La discussion en séance, en première lecture, d'un projet ou d'une proposition de loi ne peut intervenir, devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un **délai de six semaines** après son dépôt. Elle ne peut intervenir, devant la seconde assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de **quatre semaines** à compter de sa transmission.

-

**Constitution de 1958 : article 46 (modif. loi consti. 23 juillet 2008)**

- Les lois organiques relatives au Sénat doivent être **votées dans les mêmes termes** par les deux assemblées.
- 
- Les lois organiques **ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution.**

## SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION

- Conseil constitutionnel , n° 85-197 DC du 23 août 1985
- Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie

« loin de tenir en échec ces règles constitutionnelles (de l'article 10c), claires et précises, qui n'appellent aucune interprétation, ou d'en modifier les conditions d'exercice, ce que d'ailleurs une loi organique n'aurait pu faire, les articles 22 et 23 de l'ordonnance du 7 nov. 1958 (...) n'en constituent que des modalités d'application ».

## SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION

- **Article 22**

- Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée.

- **Article 23**

- Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux chambres une nouvelle lecture. Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que le règlement parlementaire qui lui a été transmis contient une disposition contraire à la Constitution, cette disposition ne peut être mise en application par l'assemblée qui l'a votée.

## SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION

- article 10 de la Constitution : "Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée.– Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée



## SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION

- CE, 6 avr. 2016, *Blanc et a.*, n° 380570, *Rec. CE* 2016, p. 119.
- L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Elle a beau être organique, elle n'en est pas moins loi », *AJDA* 2016, p. 948 ;

CE, 6 avr. 2016, *Blanc et a.*, (suite).

- Les lois qui « ne sont qu'un reflet pur et simple, une application mécanique des dispositions constitutionnelles » et qui « se bornent à tirer les conséquences inconditionnelles d'une disposition constitutionnelle »...
- sont donc « quasi-constitutionnelles » : application de la jurisprudence, SARRAN & LEVACHER
  - Conseil d'Etat, Assemblée
  - 30 octobre 1998

## **SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION (suite)**

### **Sous-section 2 – La loi et l'application de la constitution**

## SECTION 3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONSTITUTION

- « la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de **l'article 4** (...) aux termes desquelles « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et du droit à un recours juridictionnel issu de **l'article 16** de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ».
- 
- **Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005**
- Loi de sauvegarde des entreprises

Décision n° 2020-881 QPC  
du 5 février 2021  
(Association Réseau sortir du nucléaire

- 
- 9. En second lieu, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la réparation qui peut être accordée aux personnes qui subissent un préjudice du fait d'une atteinte à l'environnement. Par conséquent, elles ne méconnaissent pas le principe, résultant de l'article 4 de la Déclaration de 1789, selon lequel **tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer**

# Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*,

« entre deux règles générales, l'idée que l'une ferait application de l'autre est une idée absolument inadmissible (...) Lorsque le législateur édicte une loi quelconque, il fait application des pouvoirs qui lui ont été confiés par la constitution ; mais on ne peut pas dire que les dispositions qu'il édicte soient l'application de la disposition constitutionnelle qui lui a conféré le pouvoir législatif »

# Mariage

- décision n° 93-325 DC du 13 août 1993,

la **liberté** du mariage est « une des composantes de la liberté individuelle » (consid. n° 107)

=> Renvoi implicite à l'article 66 C. (« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle »)

Décision n° 2021-821 DC  
du 29 juillet 2021  
(Loi relative à la bioéthique)

- les mots « *si elle le souhaite* » figurant au premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 2131-1 du code de la santé publique, (...) ne méconnaissent pas non plus la liberté personnelle, le droit de mener une vie familiale normale ou **le droit au mariage**, ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.



# Mariage

- décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (maîtrise de l'immigration)
- décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 (mariage entre personnes de même sexe),
- Liberté du mariage : une « composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ». Dans la seconde décision, il la rattache aussi au « droit au maintien des conventions légalement établies » résultant de l'article 4 de la même Déclaration

# Code Civil (2016) article 1240

- Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

-

# 2005-522 DC (énoncé du CC n°1)

- « la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre **l'exigence constitutionnelle** posée par les dispositions de l'article 4 (...) aux termes desquelles « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et du droit à un recours juridictionnel issu de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ».

# Convention européenne des droits de l'homme

- **Droit à un procès équitable**
- 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation

**Georges VEDEL - Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif Cahiers du Conseil constitutionnel n° 1 - décembre 1996**

- « Les règles écrites ou jurisprudentielles qui composent le droit civil, le droit pénal, le droit commercial, etc... ne sont, ni dans leur existence ni dans leur essence, les produits de déductions juridiques à partir de l'axiomatique constitutionnelle ».

# 2005-522 DC (énoncé du CC n°2)

- «cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un **motif d'intérêt général**, ...
- ..le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ;

# 2005-522 DC (énoncé du CC n°3)

- «**12.** Considérant, d'autre part, qu'en énonçant les cas dans lesquels la responsabilité des créanciers serait engagée du fait des concours consentis, le législateur a cherché à clarifier le cadre juridique de la mise en jeu de cette responsabilité ; que cette clarification est de nature à lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté ; qu'elle satisfait ainsi à un **objectif d'intérêt général** suffisant ;





- [Bénédicte Girard](http://juspolicum.com/article/La-responsabilite-civile-dans-la-jurisprudence-du-Conseil-constitutionnel-1253.html) «La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 21 [<http://juspolicum.com/article/La-responsabilite-civile-dans-la-jurisprudence-du-Conseil-constitutionnel-1253.html>]
- D. Baranger
- « La constitutionnalisation des branches du droit : une affaire de points de vue ? » ; in *Défendre les Libertés publiques, Mélanges en l'honneur de P. Wachsmann*, Dalloz, 2021, p. 25-41

- CHAPITRE III – LES SOURCES ET LE SYSTÈME JURIDIQUE : LE CAS FRANÇAIS

- Section 1 – Le legs du droit public révolutionnaire : le légicentrisme

- Sous-section 1 : la loi, source du droit
    - Sous-section 2 : la loi, fondement de l'autorité publique

- Section 2 – La Troisième République

- Sous-section 1 : le droit positif
    - Sous-section 2 : Carré de Malberg et les sources du droit constitutionnel

- Section 3 – La Période contemporaine

- Sous-section 1 – La quatrième République
    - Sous-section 2 – La Cinquième République

# Déclaration de 1789

- Art. 6. **La Loi est l'expression de la volonté générale.**  
Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

# Projet de Rabaud Saint Etienne (« principes de toute constitution », août 1789)

## *Du consentement général aux lois.*

**Art. 3. Les lois quelconques, civiles, criminelles, de finances et autres, devant être obligatoires pour tous, doivent être librement convenues, accordées et consenties par tous.**

**La nation a le droit de ratifier ou de rejeter ce que ses représentants ont consenti; elle peut suspendre l'exercice de ce droit; elle ne peut pas l'aliéner.**

# Carré de Malberg, Raymond. 1931 (1984)

## *La loi, expression de la volonté générale*

- « Pas plus que la constitution de 1791, nos constitutions ultérieures n'ont précisé, d'une façon catégorique, à l'encontre du législateur, la portée effective des droits individuels des français ».
- (...)
- « mais faute d'avoir tracé nettement les contours des droits, qu'elles se bornaient à énoncer, nos constitutions ont, en réalité, laissé le législateur maître d'opérer, sous sa propre appréciation, (leur) mise en œuvre ».

## Constitution de 1791

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

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

# L'exécutif comme exécution : Duguit (1926)

## § 42. — *Attributions exécutives.*

J'emploie cette expression pour me conformer à l'usage. Mais, en réalité, il n'y a pas de fonction exécutive de l'Etat. Je crois l'avoir démontré au tome II, pages 396 et suivantes. On désigne par cette expression une série d'actes qui sont au fond soit des opérations matérielles, soit des actes législatifs, soit des actes administratifs. J'en indiquerai les principaux dans ce paragraphe.

# Duguit (suite)

« *Le président de la République surveille et assure l'exécution des lois* » (L. 25 février 1875, art. 3, § 1). — C'est là une formule vague et de laquelle on n'a pas pu trouver d'autre sens que celui-ci : le président de la République fait les décrets réglementaires destinés à compléter la loi et à en fixer les détails d'application. Il est possible que, dans la pensée des rédacteurs de l'article 3, cette formule avait ce sens. Mais ils auraient pu dire cela en un langage plus clair.



# « Ancien Rapport dans sa circulaire aux juges des tribunaux de district (27 novembre 1791) :

- « la révolution est finie (...) la constitution est faite. La loi est vraiment l'expression de la volonté générale : son exécution est le vœu de la nation et du Roi (...) vous êtes les juges des citoyens, mais vous êtes les esclaves de la loi. Vous en êtes les organes et non les arbitres. Votre ministère est purement passif »

## Section 2 – Le legs de la IIIe République

### *– sous-section 1 – Le droit positif*

*A. Légicentrisme et souveraineté du Parlement*

*B. Quelle autorité pour la Constitution ?*

### *– sous-section 2 – Carré de Malberg et les sources du droit positif*

*A. Le texte constitutionnel et son interprétation*

*B. La portée des idées de Carré de Malberg*

## Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics

- Article 1. – Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat.

## Article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875

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